Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens

nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen und der staatswissenschaftlichen Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der K. Universität Würzburg

am 21. Februar 1904 vorgelegt von

Karl Fischer.

München 1904.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens

nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen und der staatswissenschaftlichen Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der K. Universität Würzburg

am 21. Februar 1904 vorgelegt von

Karl Fischer.

München 1904.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Abhandlungen, die nur ein einziges Mal angezogen werden, sind an der betreffenden Stelle zitiert.

Abicht = Wilhelm Abicht, Haftung des Uebernehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbegehilfen. Diss. Gött 1891.

Asmis = Rudolf Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, nach dem gemeinen Recht und dem BGB. Diss. Greifsw. 1900.

Bendix = B. Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen BGB. 1898.

Bieder = Adolf Bieder, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht. Zeitschrift f. Schweizerisches Recht Bd. 27 (N. F. Bd. 5) S. 327—374.

Binding = Karl Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Aufl. Bd. I: Normen und Strafgesetz. 1890.

Blau = Bruno Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.

Bolze = A. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichtes in Civilsachen.

Borchert = Theodor Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft nach deutsch-preußischem Recht. 1888.

Brückner = Brückner, Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten Anderer, insbesondere der Vertreter und Gehilfen nach dem BGB. und nach sonstigen Reichsgesetzen. Recht 1901 S. 299 ff., 338 ff., 373 ff. Auch als Sonderausgabe erschienen.

Buchka = Gerhard von Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. 1899.

Burchardi = R. J. Burchardi, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen. 1861.

Cohn = L. Cohn, Untersuchungen zu § 254 des BGB. Gruchots Beiträge Bd. 43 (N. F. Bd. 3) S. 96—133, 376—427.

Conradi = Albert Conradi, Die Haftung des Schuldners für Gehilfen und Substituten. Diss. Gött. 1896.

Cosack = Konrad Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Bd. I. 1903.

Crome = Karl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.

Dernburg I = Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reiches und Preußens. 1. Abteilung: Allgemeine Lehren. 1. und 2. Aufl. 1899.

Dernburg II = Derselbe, 2. Abteilung: Einzelne Obligationen. 1. und 2. Aufl. 1901.

Dolinski = Alexander Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschließung von obligatorischen Verträgen nach österreichischem und gemeinem Recht. 1893.

Dreyer = Dreyer, Gutachten über die Frage: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages 1884 Bd. I S. 46—124. Ausführungen in der Debatte Bd. II S. 114—119.

Endemann = F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. Bd. I. 1899.
Enneccerus I = L. Enneccerus, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Bd. I. 1901.
Enneccerus II = L. Enneccerus, Referat über die Frage: Inwieweit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages 1884 Bd. II S. 95—112. Ausführungen in der Debatte S. 135, 136.
Fels = Fels, Die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfes eines BGB. Gruchots Beiträge Bd. 35 (N. F. Bd. 5) S. 1 ff
Fischer-Henle = Otto Fischer und Wilhelm von Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, in Verbindung mit Andern. 6 Aufl. 1904.
Goldschmidt = Goldschmidt, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 16 S. 287—382.
Gysler = Emil Gysler, Haftung für fremde culpa nach Schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich 1892.
Hepp = Ferd. Carl Th. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts und der neueren Legislationen. 1838.
Hoffmann = Richard Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach § 278 BGB. Diss. Freib. 1902.
Isay = Hermann Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reiches. Bd. 6, Heft 1. 1900.
Jacques = Jacques, Referat über die Frage: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages 1884 Bd. II S. 80 - 95. Ausführungen in der Debatte S. 132 – 135.
Jung = Erich Jung, Delikt und Schadensverursachung, ein Beitrag zur Lehre vom außerkontraktlichen Schadensersatz, mit besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. 1897.
Kipp = Theodor Kipp, 8. Aufl. von Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 1900.
Kisch = Wilhelm Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reiches. Bd. 7, Heft 2. 1900.
Klöppel = Klöppel, Rezension. Gruchots Beiträge Bd. 33 (N. F. Bd. 3) S. 474 ff.
Köster = Georg Köster, Die Haftung des Vaters aus Delikten der Kinder. Diss. Berl. 1888.
Kuhlenbeck = Ludwig Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Teil II. 1899.
Külz = Wilhelm Külz, Die Haftbarkeit des Lehrers bei Ausübung seines Berufes. 1901.
Laband = Paul Laband, Zum zweiten Buche des Entwurfes eines BGB. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 73 (N. F. Bd. 23) S. 161—208.
Leonhard = Rudolf Leonhard, Gutachten über die Frage: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Leute zu haften? Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages 1884 Bd. I S. 337—394. Ausführungen in der Debatte Bd. II S. 112, 113, S. 129, 130.
Leske = Franz Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des Preußischen allgemeinen Landrechts. 1900.
Linckelmann = Karl Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. 1898.
Liszt = Franz von Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
Mataja = Viktor Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. 1888.

Mathis = Emil Mathis, Besteht nach gemeinem Recht bei der Werkverdingung eine kontraktliche Haftpflicht des Werkmeisters für das Verschulden seiner Gehilfen? Diss. Erl. 1896.
Matthiaß = Bernhard Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. I. 1900.
Mayer = Otto Mayer, Gutachten über die Frage: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages 1884 Bd. I S. 125—136. Ausführungen in der Debatte Bd. II S. 124—128.
Meinke = Walter Meinke, Haftet nach gemeinem Rechte der Werkmeister aus dem Vertrage für die Unvorsichtigkeit seines sonst tüchtigen und zuverlässigen Arbeiters? Diss. Greifsw. 1894.
Meisner = J. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.
Merkel I = Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, im Hinblick auf den Entwurf eines BGB. 1895.
Merkel II = Rudolf Merkel, Rezension. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 47 (N. F. Bd. 32) S. 552—565.
Merkel III = A. Merkel, Juristische Encyklopädie. 1885.
Mittelstein = Max Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches. 1900.
Neumann = Hugo Neumann, Handausgabe des BGB. 2. Aufl. Bd. I. 1900.
Nöldeke = Nöldeke, Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach §§ 831, 832 BGB. Gruchots Beiträge Bd. 41 (6. F. Bd. 1) S. 766—784.
Nußbaum = Artur Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 BGB., in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht. Eberings rechts- und staatswissenschaftliche Studien. Heft 1. 1898. Der erste Teil erschien selbständig: Haftung für Hülfspersonen nach gemeinem und Landesrecht. Diss. Berl. 1898.
Oertmann I = Paul Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Oertmann II = Paul Oertmann, Das Recht des Schadensersatzes im deutschen BGB. Allg. österr. Gerichtszeitung Bd. 49 S. 81—83, 89—92.
Otto = Otto, Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 8 S. 641 ff.
Pfeiffer = Wilhelm Pfeiffer, Die außerkontrattliche Haftung für Handlungen dritter Personen nach §§ 831 und 832 des BGB. Diss. Erl. 1900.
Planck = G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert in Verbindung mit Andern. Bd. II. 1900.
Ramdohr = Ramdohr, Renzension. Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 270—272.
Rang = Christian Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht. Diss. Bonn 1886.
Redlich = Curt Redlich. Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Diss. Greifsw. 1901.
Rehbein = H. Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II. 1903.
Rönnberg = Rönnberg, Rezension. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 54 S. 349 f.
Rosin = Artur Rosin, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem BGB. Diss. Greifsw. 1901.
Rümelin I = Max Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht. 1896.
Rümelin II = Gustav Rümelin, Culpahaftung und Causalhaftung. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 88 (N. F. Bd. 38) S. 285—316.
Rupp = Erwin Rupp, Modernes Recht und Verschuldung. Diss. Tüb. 1880.
Scherer = M. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1897.
Schmidt = Georg Schmidt, Das Schadensersatzrecht des Entwurfes. Gutachten aus dem Anwaltstand über die erste Lesung des Entwurfes eines BGB. 1889. S. 1183—1226.

Schneider = A. Schneider, Das Schweizerische Obligationenrecht, unter Mitwirkung von H. Fick. 2. Aufl. Bd. I. 1896.
Schollmeyer = Friedrich Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. 1900.
Schütz = Viktor Schütz, Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen nach dem BGB. für das deutsche Reich. Diss. Jena 1901.
Sirey = Sirey et Gilbert, Les codes annotés. Code civil. Tome II. 1901. ad Art. 1384.
Staub = Hermann Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Bd. I. 1900.
Staudinger = Julius von Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, in Verbindung mit Andern. Bd. II. 1901.
Steinbach = Emil Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über Ersatz von Vermögensschäden. 1888.
Unger I = Josef Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 30 S. 363—421. Auch als Sonderausgabe erschienen.
Unger II = Josef Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 299—359. Auch als Sonderausgabe erschienen.
Waentig = Heinrich Waentig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach römischem, gemeinem, kgl. sächsischem und neuerem deutschem Reichsrechte, ein civilistischer Versuch. 1875.
Weinrich = Alfred von Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen nach den im deutschen Reiche geltenden Rechten. 1883.
Welsch = Bruno Welsch, Haftet nach gemeinem Rechte der conductor operis aus dem Werkverdingungsvertrage für die culpa der Arbeiter, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? Diss. Greifsw. 1897.
Wendt = Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 92 (N. F. Bd. 42) S. 1—287.
Wertheimer = Alfred Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach dem Rechte des BGB. Diss. Erl. 1900.
Winter = Winter, Ist ein öffentlicher Lehrer aus § 832 BGB. haftpflichtig? Recht 1902 S. 39.
Wüstendörfer = Hans Wüstendörfer, § 278 des bürgerlichen Gesetzbuches im Licht des römischen Rechts. Diss. Straßb. 1897.
Wyß = P. Friedrich von Wyß, Die Haftung für fremde culpa nach römischem Recht. 1867.

Nicht zugänglich war mir die Abhandlung von Ernst Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB. 1902.
Die Rechtsprechung der Obergerichte ist bis Anfang 1904 verwertet. Die Zeitschriften sind mit den üblichen Abkürzungen zitiert. RG. = Samml. von Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen; ROHG. = Samml. von Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes.
Paragraphen ohne weitre Angabe gehören dem bürgerlichen Gesetzbuch an. Eine Ziffer bei einem Paragraphen bedeutet den Absatz, ein Buchstabe den Satz. Also § 164^{1a} = BGB. § 164 Absatz 1 Satz 1.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Abgrenzung des Themas 6

Die Zurechnungsfälle.

1. Abschnitt: Zurechnung in Form der Entstehung einer Pflicht.

I. Der Pflicht zum Schadensersatze.
A. Der Regelfall (§ 278—§§ 701[2], 702; 664[1c] [273, 86, 713, 2218], 691[c]; 265[b], 280, 325[1a], 326[1c] [440], 538[1] [541], 635).
1. Die Voraussetzungen der Zurechnung.
§ 3. a) Die Voraussetzungen in der Person der Beteiligten 13
§ 4. b) Die Voraussetzungen in bezug auf die schädigende Handlung und ihr Verhältnis zur Erfüllung . . . 30
§ 5. 2. Der Umfang der Zurechnung 38
§ 6. 3. Der Ausschluß der Zurechnung 41
§ 7. 4. Die Theorieen über den Grund der Zurechnung . . 44
§ 8. B. Die Modifikationen des Regelfalles (§§ 122; 571, 577, 579, 581[2], 1056[1] [1423, 1663, 2135]; 1251[2]; 701[2]; 270, 588[1a], 811[2a], 1048[2]. — §§ 549[2], 581[2]) 58
§ 9. II. Einer sonstigen Leistungspflicht (§§ 123[2a]; 279; 324, 440; 617; 794; 1459[2], 1530[2], 1549) 61

2. Abschnitt: Zurechnung in Form des Verlustes eines Rechtes.

§ 10. I. In Form der Suspendierung eines Rechtes (§§ 867; 962; 227, 228, 904) 63
§ 11. II. In Form des dauernden Verlustes eines Rechtes (§§ 278; 254[2b], 846, 618[3]; 325; 338; 351, 353; 350; 732[b]; 407, 720, 1158, 1473[2], 1524[2], 2019[2] [2041], 2111[1b]; 574, 577, 579, 581[2]; 553, 581[2]; 851; 969. — §§ 892, 2129[2], 2211; 932, 926[2], 2129[2], 2211; 957; 935; 946—948, 950; 1244; 1248. §§ 1032; 1207; 912; 917) 64

Seite

3. Abschnitt: Zurechnung in Form einer Verschlechterung der Rechtsstellung.

§ 12. I. Allgemeines (§§ 1032; 1208; 914[1]. — §§ 831, 832; 484; 694; 701[1]; 834, 836) 71

II. Zurechnung beim Geschäftsherrn nach § 831.

A. Die Voraussetzungen der Zurechnung.

1. Die vom Geschädigten zu beweisenden Voraussetzungen.

§ 13. a) Die Voraussetzungen in der Person des Täters . . 74

§ 14. b) Die Voraussetzungen in bezug auf die schädigende Handlung und ihr Verhältnis zur Verrichtung . . 79

§ 15. 2. Die gesetzlich vermuteten Voraussetzungen 83

§ 16. B. Verhältnis des § 831 zu § 278 89

III. Zurechnung beim Aufsichtspflichtigen nach § 832.

§ 17. A. Die vom Geschädigten zu beweisenden Voraussetzungen . 91

§ 18. B. Die gesetzlich vermuteten Voraussetzungen 99

§ 1. Einleitung.

I. Von den wirtschaftlichen Problemen, mit denen sich jeder Schöpfer eines bürgerlichen Rechts auseinandersetzen muß, ist eines der wichtigsten das der Schadensausgleichung. Denn unter den Interessenkollisionen, deren Beseitigung wesentlicher Zweck der Gesetze ist, stehen — soweit sichs um das bürgerliche Recht handelt — die vermögensrechtlichen obenan. Je näher die Menschen zusammenrücken, wie eine entwickelte Wirtschaft es bedingt und ermöglicht, desto mehr wächst die Gefahr der Entstehung eines Schadens. Er ist entstanden — wer soll ihn tragen?

Der Gesetzgeber hat die Wahl, sich zwei grundverschiednen Strömungen anzuvertrauen.

Die eine leitet ihn zur Veranlassungshaftung. Ohne Damm, ist sie ein rohes Prinzip, das alle wirtschaftliche Schaffenslust fast ebenso gründlich wegfluten kann wie eine Durchführung sozialistischer Gleichheitspläne oder eine restlose Streichung des Erbrechts. Es macht den Klugen, der eine komplizierte Wirtschaftsmaschine gebaut und in Betrieb gesetzt hat, dafür verantwortlich, daß ihr ein Unverständiger zu nah gekommen ist und sich den Rock an dem feinen Rädergetriebe zerrissen hat. Wie lange wird es dauern, bis der Kluge lieber die Maschine still stehen läßt, als für die Torheit Andrer aufkommt? Dabei brüstet sich dieses Prinzip, aus so geringem Denken es auch entsprang, doch mit einer äußerlichen Logik, wenn es den Meister der Maschine anfährt: hättest du die Räder nicht zum Laufen gebracht, so hätte jener unmöglich seinen Rock daran zerreißen können; folglich ersetzest du den Rock. Jedenfalls ist es bequem: es sieht nur auf das, was an der Oberfläche liegt, den Erfolg, nicht auch auf die Bewertung des Verhaltens dessen, der ihn herbeigeführt hat; es begnügt sich mit der Feststellung einer schädigenden Handlung und plagt sich nicht mit ihrer Psychologie.

Immerhin gibt es zu denken, daß große Völker seit langer Zeit unter seiner Herrschaft — wenn auch nicht ungemilderten Herrschaft — leben,[1]) daß es von der Reichsgesetzgebung für gewisse, besonders geartete Einzelfälle schon früh angenommen worden ist, und daß seinerzeit geistvolle Männer seine Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch warm befürwortet haben; wir werden diesen Vorschlägen im Lauf unsrer Darstellung noch begegnen. Doch seien wir froh, daß der Gesetzgeber sich ihnen verschlossen und sein System auf das entgegengesetzte Prinzip gebaut hat.

[1]) Vgl. Scherer S. 96.

Auf das Prinzip der Verschuldenshaftung: „Das einzelne Individuum ist nur für den Schaden verantwortlich, den seine eigenen zurechenbaren Handlungen in rechtswidriger Weise den Interessen eines Andern zugefügt haben" (Wyß S. 1). Töricht sei man für eigne Rechnung und verlange die Folgen nicht von einem Fremden ersetzt. War aber auch das Verhalten des Geschädigten vorwurfsfrei, so liegt es nahe — nachdem jede Art der Schadensverteilung entweder vom Standpunkt des Einen oder von dem des Andern als ungerecht erscheinen wird —, die Dinge so zu lassen, wie sie nun einmal sind, und den Nachteil endgültig dem Verletzten aufzubürden: wenn ihn ein Blitzstrahl getroffen hätte, fiel es ihm ja auch nicht ein, nach einem Ersatzpflichtigen Umschau zu halten.[1])

Allein das ist doch nur das Prinzip; wer aber von einem Prinzip spricht, zeigt damit schon, daß er Ausnahmen im Auge hat. Solche müssen denn in der Tat auch hier gemacht werden, wenn nicht das Interesse des Lebens dem juristischen Begriffe zum Opfer fallen soll. Das Verkehrsbedürfnis verlangt sie als eine der Voraussetzungen gesunder ökonomischer Entwicklung; um so dringender, je seltner entsprechend der Konzentration des Wirtschaftslebens in verhältnismäßig wenige Betriebe auf höhern Kulturstufen das persönliche Handeln, je häufiger das Erfüllen durch Hilfskräfte wird. Doch nicht bloß an obligatorische Verhältnisse ist zu denken; auch sonst kommen Beziehungen zwischen verschiednen Personen, ja sogar zwischen Sachen und Personen vor, auf Grund deren jemand für die Beschädigung eines Dritten verantwortlich gemacht wird, ohne daß ihn selbst ein Verschulden daran trifft.

Von den Ausnahmen des Verschuldungsprinzipes, die sich so ergeben — von der Zurechnung ohne Verschulden —, wollen wir die wichtigste betrachten: die Zurechnung fremden Verschuldens.

[1]) Eine Frage für sich — der wir hier natürlich nicht näher treten können — ist es, ob nicht auch in solchen Fällen eine Verteilung des Schadens angezeigt wäre, ob sichs nicht empfehlen würde, die Folgen einer Gefahr, die jeden Volksgenossen treffen kann, dann, wenn sie einen Einzelnen wirklich getroffen hat, auf die Schultern Aller oder wenigstens derer abzuwälzen, bei denen eine solche Gefahr besonders nahe liegt: also eine Art Volksversicherung auf Gegenseitigkeit. In sehr bescheidnem Maße haben ähnliche Gedanken ja bereits in unsern Arbeiterschutzgesetzen Verwirklichung gefunden. — Das Eine ist jedenfalls gewiß: Das Prinzip, das sich heut in praxi herausgebildet hat, daß große Schäden zu einem sehr beträchtlichen Teile von der Gesamtheit mitgetragen werden, kleine dagegen auf dem Beschädigten liegen bleiben, ist alles eher als vernünftig und befriedigend. Wenn Tausende von Familien durch eine Ueberschwemmung obdachlos werden, regt sich nicht nur allenthalben willig die private Wohltätigkeit, sondern auch der autoritative Vertreter der Gesamtheit, der Staat, tritt mit seinen reichen Macht- und Hilfsmitteln für die Geschädigten ein; nicht etwa, um ihnen ein Almosen zu geben, sondern — das ist die Ueberzeugung Aller — um seine Pflicht zu tun. Wird dagegen einem Einödbauern durch eine Mure das Haus zerstört und das einzige Feld verschüttet, so nimmt sich höchstens die Armenpflege des Bedauernswerten an. Es braucht aber nicht erst gesagt zu werden, daß das Unglück, das den Bauern betroffen hat, für ihn genau so groß ist, wie die Folge der Ueberschwemmung für jeden Einzelnen von jenen Tausenden.

II.[1]) Das römische Recht[2]) trug, so sehr es auch sonst unverkennbar zögerte, einen Schritt über das Gebiet der Verschuldenshaftung hinaus zu tun, von Anfang an kein Bedenken, dem paterfamilias die Delikte der seiner Gewalt Unterworfnen zuzurechnen. Den Grund dieser Haftung zeigt die vom Gesetz gebotne Möglichkeit, sie durch noxae datio abzuschütteln: der Gewalthaber haftet, solang ihn ein rechtliches Band mit dem Schadenstifter verbindet, solang ers nicht zerschneidet; er haftet, weil dieses Band besteht. Im justinianischen Recht ist aber der filiusfamilias aus dem Kreis der Personen ausgeschieden, für die der pater in solcher Weise einzustehen hat. — Zu der Verantwortlichkeit für das Verschulden der Hausgenossen fügte dann der Prätor noch die actio de effusis et deiectis, die Haftung der publicani für die Ausschreitungen ihrer Untergebnen und die der nautae, caupones und stabularii, die der Römer als die natürlichen Bundesgenossen der Diebe angesehen zu haben scheint.

Das deutsche Recht[3]) steht auf einem ganz ähnlichen Standpunkt; auch hier findet sich die scharfe Betonung der Hausgenossenschaft mit ihren juristischen Folgen. Die Volksrechte[4]) bestimmen fast durchweg eine Vertretungspflicht des Hausvaters für die von seinen Kindern und Leibeignen begründeten Verbindlichkeiten. Mit dem Fortschreiten der Entwicklung mußte sich aber dieses schroffe Prinzip eine Reihe von wichtigen Durchbrechungen gefallen lassen: die spätern Quellen[5]) kennen meist derartige Vorschriften für die Kinder nicht mehr, sondern setzen Eigenschuld des Vaters voraus, wenn ihm das Verschulden seines Kindes zugerechnet werden soll, wobei sie freilich den Begriff der Schuld viel weiter fassen, als es uns geläufig ist. Ebenso wird dem Herrn eine Pflicht zur Verantwortung für sein freies Gesinde regelmäßig bloß dann auferlegt, wenn dieses die Handlung, durch die Dritte verletzt wurden, auf seinen Befehl oder mit seinem Wissen verübt hat;[6]) dagegen wird ganz allgemein von ihm verlangt, daß er für seine Eigenknechte einstehe. Soweit einige Rechte dem Vater den von seinem Kind angerichteten Schaden zurechnen, gestatten sie ihm übrigens meist, die Haftung dadurch abzulehnen, daß er das Kind aus der häuslichen Gemeinschaft ausstößt; ein Grundsatz, der sich auch schon in einigen Volksrechten findet. Also derselbe Gedanke wie in Rom.

---

[1]) Eine ausführliche Darstellung der geschichtlichen Entwicklung mit Quellennachweisen bietet insbesondre Mataja S. 46 ff.

[2]) Von den Pandektenlehrbüchern s. namentlich Dernburg 6. Aufl. 1900 Bd. II S. 105 ff.; ferner die Spezialarbeit von Wyß.

[3]) Vgl. von den Lehrbüchern insbesondre Stobbe-Lehmann, 3. Aufl. 1898 Bd. III S. 547 ff.

[4]) Vgl. Artur Benno Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 18) 1885 S. 43 ff.

[5]) Vgl. Otto Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen (ebenda Bd. 19) 1885 S. 79 ff.

[6]) Vgl. Gustav Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters (ebenda Bd. 6) 1879 S. 42 ff.

Verantwortlichkeit für ein Verschulden dessen, den man zur Erfüllung kontraktlicher Verbindlichkeiten verwendet, hat das römische Recht in ältern Zeiten nicht gekannt. Offenbar widerwillig gab es in einigen Beziehungen den Anforderungen des entwickeltern Geschäftslebens nach; widerwillig, weil die Logik der Verschuldenshaftung eine Ausnahme zu Gunsten des Verkehrs, der keine Logik, sondern nur praktische Erwägungen für sich anführen konnte, nicht zu gestatten schien. Abgesehen von den actiones adiecticiae qualitatis [1]) ist der wichtigste Fall die Haftung des conductor operis für das Verschulden eines bei Ausführung des Werks befugt zugezognen Gehilfen. Allerdings wird behauptet, daß der Unternehmer nur eigne Schuld zu vertreten habe;[2]) aber diese Ansicht kann, wenn ihr auch Windscheid (Pandekten 8. Aufl. 1900 S. 695 Anm. 5) seine Autorität geliehen hat, doch mit der im gemeinen Recht herrschenden Theorie und mit der konstanten, durch mehr als ein Vierteljahrhundert geübten deutschen Rechtsprechung [3]) nicht als richtig anerkannt werden. Immerhin ist dieses Zugeständnis des juristischen Prinzipes an die Bedürfnisse des Lebens nicht allzu groß.

Dem ältern deutschen Recht war innerhalb der Vertragsverhältnisse selbst eine so wenig umfassende allgemeinre Ausnahme von der Regel der Schuldhaftung fremd, wozu vielleicht die allen ursprünglichen Rechten eigentümliche Neigung beitragen mag, Kasuistik zu geben, nicht Prinzipien aufzustellen. In einzelnen — nicht gerade vielen — Anwendungsfällen äußert sich der Gedanke, daß dem, der durch einen Andern erfüllen läßt, was ihm obliegt, (befugt erfüllen läßt!) das Verschulden des Verwendeten zugerechnet wird. Ein allgemeiner Rechtssatz, der das ausspräche, findet sich nirgends.

Die Rezeption konnt einen solchen nach dem über die Stellung des römischen Rechts Gesagten auch nicht einbürgern. Ja, das gemeine Recht vermocht in Wirklichkeit Zurechnung fremden Verschuldens nicht einmal in demselben Maß anzuerkennen wie das römische,[4]) da nicht mehr, wie in Rom fast ausschließlich, Gewaltunterworfne, sondern persönlich Freie im Wirtschaftsleben tätig waren, so daß die Institute der actiones noxales und der actiones adiecticiae qualitatis vollkommen obsolet wurden. Die Praxis suchte den ärgsten Mißständen[5]) dadurch abzuhelfen, daß sie die Haftung des conductor auf ähnliche Rechts-

[1]) Vgl. Feodor Kleineidam, Die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria und exercitoria nach römischem Recht. Diss. Breslau 1895.

[2]) Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts eine der bestrittensten Fragen des römisch-gemeinen Rechts.

[3]) S. die bei Endemann S. 496 Anm. 1 angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichtes. Weitre Erkenntnisse bei Meinke S. 42 ff. und Mathis S. 46 ff. Vgl. auch Scherer S. 97. Dagegen freilich die bei Goldschmidt S. 373 Zitierten; allein deren Ansicht wurde eben vom obersten Gerichtshof verworfen.

[4]) S. darüber namentlich Goldschmidt S. 368.

[5]) Das Reichsgericht erklärte das Verschuldungsprinzip für „eine Fessel, welcher die Verkehrsbedürfnisse und die Forderung einer gleichmäßigen Verteilung von Recht und Pflicht widerstreben" (RG. Bd. 15 S. 125).

verhältnisse ausdehnte,[1]) und außerdem bei den Voraussetzungen, unter denen sie culpa in eligendo vel inspiciendo vel custodiendo annahm, so streng, als irgend möglich, verfuhr.[2])

Die neuzeitlichen Gesetzgebungen sind zwar gleichfalls sehr zurückhaltend, gehen aber immerhin weiter. Am weitesten der code civil in dem vielgenannten Art. 1384, dem gegenüber die Stellung des bürgerlichen Gesetzbuchs einen Schritt zurück bedeutet.

III. Wenn man das Veranlassungsprinzip als die Offenbarung einer individualistischen Betrachtungsweise ansieht, die vom Einzelnen ausgeht und ihn in seinen rechtlichen Beziehungen als Einzelmenschen, nicht als Teil einer — Pflichten von besondrer Art auferlegenden — Gesamtheit behandelt; wenn man im Gegensatz dazu in der grundsätzlichen Anerkennung der Zurechnung fremden Verschuldens den Ausfluß sozialer Lebensauffassung erblickt, was im großen und ganzen zutreffen mag: so liegt der Schluß nahe, daß unsre Zeit, die sich gern eine soziale nennt und daran gewöhnt ist, wirtschaftliche Fragen nicht zuletzt unter sozialen Gesichtspunkten zu betrachten, der uns hier interessierenden Zurechnung kein zu enges Betätigungsfeld einräumt. In der Tat macht sich diese in allen drei Gebieten des Rechts geltend.

Am bescheidensten im Strafrecht. Naturgemäß; denn dessen Grundfundament ist der Nachweis einer Schuld des Verbrechers, so daß die Haftung für fremdes Verschulden hier kaum einen Platz, jedenfalls keine Berechtigung hat. Wenn sie sich gleichwohl in einigen Fällen findet, ist der Grund hiefür fast immer in fiskalischen Interessen, ausnahmsweise in der Eigenart des in betracht kommenden Verbrechens zu suchen. Uneingeschränkt und ungemildert ist sie äußerst selten:[3]) aus dem Strafgesetzbuch selbst kann die Bestimmung des § 30 angeführt werden, daß eine bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig gewordne Geldstrafe in den Nachlaß vollstreckt, daß also dem Erben eine unerlaubte Handlung seines Erblassers zugerechnet wird; außerdem ist hier § 17^{1} des Gesetzes betr. die Statistik des Warenverkehrs zu nennen. Etwas häufiger begegnet die Haftung für fremdes Verschulden als subsidiäre Vertretungsverbindlichkeit neben dem Täter, ohne daß Eigenschuld vorausgesetzt wird (Vereinszollgesetz § 153, Tabaksteuergesetz § $43^{1a; 2}$, Spielkartenstempelgesetz § 18^{2}, Branntweinsteuergesetz von 1887 § 32^{1a}, Schaumweinsteuergesetz § 20), und insbesondre in der

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 33 S. 170 f. und die dort angeführten Entscheidungen. In einem Urteil (Jur. Wochenschrift 1902 S. 429) hat das Reichsgericht sogar erklärt, ein dem § 278 entsprechender Rechtssatz „habe sich in der Wissenschaft und Rechtsprechung des gemeinen Rechts Geltung verschafft“ (!).

[2]) S. insbesondre ROHG. Bd. 4 S. 246 f.

[3]) Die Auffassung Borcherts, daß sich die Fälle der Teilnahme und der mittelbaren Täterschaft als Zurechnung fremden Verschuldens darstellten, ist durch nichts begründet. Denn der Teilnehmer und der mittelbare Täter haften doch nur deshalb, weil sie selbst sich gesetzwidrig benommen haben, wenn auch eine Verfehlung des unmittelbar Delinquierenden zum Tatbestand gehört; sie haften also stets wegen eignen Verschuldens!

mildesten Art als Schuldvermutung, also in der Form einer Verschlechterung der Rechtsstellung: nicht nur die Nebengesetze kennen sie (Vereinszollgesetz § 153[3], Preßgesetz § 20[2], Spielkartenstempelgesetz § 10[3], Branntweinsteuergesetz von 1868 §§ 64, 66 I[3], von 1887 § 32[2], Brausteuergesetz § 38 I[3], Salzsteuergesetz § 13[2], Zuckersteuergesetz §§ 44, 58 I[3]),[1]) sondern auch das Strafgesetzbuch enthält in § 361 Ziff. 8 einen derartigen Fall.[2])

Wirkungsvoller zeigt sich der Gedanke der Zurechnung fremden Verschuldens im öffentlichen Recht.[3]) Hier wird er bedeutsam, wenn er den Bürger zur Leistung der Dingpflicht auf den Richterstuhl ruft: dadurch, daß der Eine die Rechtsordnung gebrochen hat, entsteht eine Pflicht für den Andern, der keinerlei Beziehungen zum Täter hatte. Freilich nicht allein dadurch; denn es muß noch manches hinzukommen, bevor der Schöffe oder Geschworne zu amtieren hat; der tiefste Grund liegt aber in der Begehung des Verbrechens. Können sich nicht auch die Pflicht zur Uebernahme einer Vormundschaft oder eines ähnlichen Amtes und die Einlassungspflicht als Fälle der Zurechnung fremden Verschuldens darstellen? Und tritt diese nicht möglicherweise in sehr beträchtlichem Maß als Folge unsrer Arbeiterschutzgesetzgebung ein?

Allein ihr eigentliches Geltungsgebiet ist das Privatrecht und wird es stets bleiben. Nur soweit sie hier — und zwar innerhalb des bürgerlichen Gesetzbuchs — hervortritt, wollen wir sie betrachten. Aber auch in dieser Hinsicht nicht in ihrem vollen Umfang.[4]) Es gibt nämlich zwei Hauptgruppen der privatrechtlichen Zurechnung fremden Verschuldens: sie entsteht entweder gemäß dem Willen des Verantwortlichen oder gegen diesen. Bloß der zweite Fall wird uns im Folgenden beschäftigen. Um jedoch eine sichre Begriffsbestimmung zu gewinnen, ist es nötig, auch auf die erste Möglichkeit kurz einzugehen, was im nächsten Paragraphen geschehen soll.

§ 2. Abgrenzung des Themas.

I. Wir haben uns als Aufgabe die Betrachtung der nicht auf den Parteiwillen gegründeten Zurechnung fremden Verschuldens gestellt, soweit sie ihre Regelung im bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat. Nach zwei Seiten hin müssen die Grenzen des Themas abgesteckt werden.

---

[1]) Dagegen gehören Branntweinsteuergesetz von 1887 § 28 und GO. § 151 nicht hieher, die von Borchert S. 7 Anm. 1 als Beispiele strafrechtlicher Zurechnung fremden Verschuldens aufgeführt werden.

[2]) Außerdem könnte man höchstens an § 227 denken; doch muß nach richtiger Auffassung (s. Olshausen, Kommentar Bd. II S. 824 und die dort zitierten Reichsgerichtsentscheidungen) dem am Raufhandel Beteiligten positiv ein Verschulden nachgewiesen werden.

[3]) Hier stellt sie sich stets als zeitweilige Zurechnung in dem unten zu erörternden Sinne dar.

[4]) Eine Arbeit, die sich für das geltende gesamte Recht mit der Zurechnung fremden Verschuldens beschäftigte, fehlt. Die Dissertation von Rupp, die einen Anlauf dazu nimmt, liegt schon um fast ein Vierteljahrhundert zurück; zudem will sie ein viel weitres Gebiet umfassen und kann deshalb das unsre nur streifen.

1. Wir behandeln zunächst, wie soeben schon betont, nur die Zurechnung, die nicht auf dem Willen des Verantwortlichen beruht. Es scheidet deshalb vor allem die Uebernahme der Verantwortlichkeit durch besondern Garantievertrag[1]) für uns aus; ebenso die Haftung des Bürgen[2]) und dessen, der für die Forderung eines Dritten ein Pfand bestellt hat.[3]) Daß die Grundlage der Zurechnung in diesen Fällen der eigne, freie Willensentschluß ist, kann nicht bezweifelt werden. Gemeinsam ist ihnen, daß von vornherein nichts weiter als eine solche Verantwortlichkeit gewollt war.

Anders bei der Zurechnung, die sich aus der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ergibt; denn der Vertretne will naturgemäß aus der Tätigkeit seines Vertreters nur Vorteil ziehen und bevollmächtigt nicht, um sich zu schädigen. Aber diesen Willen hat er nicht zum Ausdruck gebracht; er hat mehr gesagt, als er sagen wollte, und muß sein Wort gegen sich gelten lassen. Wenn ich Vollmacht erteile, erklär ich damit, daß ich das Handeln, das der Bevollmächtigte in einer gewissen Richtung betätigt, als mein eignes betrachtet wissen will; ich stell ein Blankett aus, das der Empfänger nach Gutdünken ausfüllen darf: zwar soll ers nur zu meinem Nutzen tun; allein ich geb ihm die rechtliche Macht und erkläre mich also damit einverstanden, daß er davon auch in einer mir unangenehmen Weise Gebrauch macht. Ich muß mir vorhalten, daß „die Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, zugleich die Möglichkeit in sich birgt, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen" (Reichsgericht).[4]) Keinen Unterschied macht es, ob diese Verletzung durch rechtsgeschäftliches Verschulden oder durch eine unerlaubte Handlung erfolgte. Man wende nicht ein, daß es eine Vollmacht zur Begehung von Delikten nicht gibt; denn „nicht um eine solche handelt es sich, sondern lediglich um eine Vollmacht zur Geschäftsführung, welche gesetzlich die Verbindlichkeit nach sich zieht, daß der Vollmachtgeber bzw. Vertretene für die Folgen dieser Geschäftsführung, namentlich auch für den durch dieselbe herbeigeführten Schaden mitverhaftet ist" (Reichsgericht).[5]) Voraussetzung ist dabei immer, daß die Abgabe einer Willenserklärung in Frage steht. Die Ansicht von Blau S. 20, daß der Vertretne für deliktisches Verschulden des Vertreters nie verantwortlich sei, ist unzutreffend; jedenfalls hindert der Wortlaut des § 164[1a] nicht, diese

[1]) Damit auch die Bestimmung der §§ 463[a] und 480[2] (erste Alternative). Denn hier wird das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft vorausgesetzt; wer aber eine Eigenschaft zusichert, übernimmt die Garantie für ihr Vorhandensein. Die Schadensersatzpflicht beruht also in diesen Fällen auf dem Willen des Verkäufers.

[2]) Als besondre Art der Bürgschaft ist der Kreditauftrag aufzufassen und deshalb hieher zu beziehen.

[3]) Auch an den Eintritt des Erben in die Verpflichtungen des Erblassers, die ja möglicherweise durch dessen Verschulden entstanden sind, (vgl. § 858[2 b]) kann man denken; denn der Grund dieses Eintritts liegt in der Annahme oder Nichtausschlagung der Erbschaft.

[4]) RG. Bd. 15 S. 127.

[5]) RG. Bd. 10 S. 303.

Bestimmung anzuwenden, wenn der Vertreter mit seiner Willenserklärung etwa das Firmenrecht eines Andern vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat.

Wird ein Verschulden des Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber gemäß § 164[1a] zugerechnet, so liegt mithin der Grund darin, daß er Vollmacht erteilte;[1]) er ist verantwortlich, weil ers sein will. „Handlungen, zu deren Vornahme ihrer objektiven Beschaffenheit nach die eingeräumte Vertretungsmacht befugt, hören nicht auf, Vertretungshandlungen zu sein, weil sie von dem Vertreter in rechtswidriger Gesinnung vorgenommen sind" (Reichsgericht).[2])

Die Zurechnung des Verschuldens eines gesetzlichen Vertreters kann naturgemäß auf diesen Gedanken nicht zurückgeführt werden; es ist deshalb sehr begründet, daß das Gesetz sie besonders und in ganz anderm Zusammenhang ausgesprochen hat (§ 278).[3]) Sie ist aber nicht nur an andrer Stelle festgesetzt, sondern auch materiell verschieden; denn § 278 läßt den gesetzlich Vertretnen für Verschulden seines Vertreters schlechthin haften, § 164 den Vollmachtgeber nur soweit, als sichs um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handelt. Inwiefern § 164 auch für den erstern Bedeutung hat, ist später zu zeigen (s. unten § 4 II 2).

Daraus, daß wir die Verantwortlichkeit für den gewillkürten Vertreter bei Seite lassen, folgt für uns der Ausschluß der Haftung, die die Gesellschafter für die Handlungen des geschäftsführenden Sozius trifft. Denn dessen Vertretungsbefugnis (§ 714) und daraus entspringende rechtliche Macht, Verpflichtungen für die andern zu begründen, ruht auf der von diesen erteilten Vollmacht,[4]) also auf deren Willen.[5])

---

[1]) Wenn freilich der Bevollmächtigte eine rein tatsächliche Erfüllungshandlung vornimmt, ist er Erfüllungsdiener so gut, wie jeder andre, und fällt dann unter § 278 — aber nicht als Bevollmächtigter, sondern eben als Erfüllungsdiener. Vgl. Mot. Bd. II S. 29. — Cosack S. 254 rechnet den rechtsgeschäftlichen Vertreter offenbar schlechthin zu den Erfüllungsdienern des § 278, ohne nur den Versuch einer Begründung zu machen.

[2]) Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 1063.

[3]) Man verweise dem gegenüber nicht auf die Worte der Mot. Bd. II S. 31, daß man der Haftung für den gesetzlichen Vertreter nur „der Vollständigkeit wegen" Erwähnung getan habe. Denn diese Worte sind zum mindesten sehr ungeschickt: der Vollständigkeit wegen gehört ein Rechtssatz zwar in ein Lehrbuch, aber nicht in ein Gesetz; zudem ist nicht einzusehen, aus welchen Bestimmungen diese Haftung denn eigentlich folgen soll, wenn nicht gerade aus § 278. Auch unterscheiden die Mot. Bd. I S. 228 sehr genau zwischen der Haftung des Vollmachtgebers und der des gesetzlich Vertretnen.

[4]) Vgl. Rehbein S. 105: Der vertretungsberechtigte Gesellschafter handelt immer auf Grund Auftrags, ebenso wie der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, der Bevollmächtigte.

[5]) Vgl. dazu die Entscheidungen des Reichsgerichts über die Haftung der Mitglieder einer offnen Handelsgesellschaft für Verschulden des geschäftsführenden oder vertretenden Sozius bei der Geschäftsführung oder Vertretung (RG. Bd. 10 S. 301; Bd. 15 S. 123; Bd. 46 S. 20 und die hier zitierten weitern Urteile). Diese Entscheidungen sind deshalb auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs verwertbar, weil sie die offne Handelsgesellschaft nicht etwa als juristische Person auffassen, sondern „in dem Eingehen der Gesellschaft die Vollmachterteilung erblicken"; daß die Handlungsbefugnis eines Gesellschafters im Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vollmacht beruht, wird nicht zu bestreiten sein. Die oben angeführten Sätze sind denn auch diesen Entscheidungen entnommen.

2. Eine weitre Beschränkung haben wir uns dadurch auferlegt, daß wir uns nur mit der Zurechnung fremden Verschuldens befassen. Wo wir Eigenschuld des Verantwortlichen als Grund der für ihn entstehenden Verpflichtung erkennen, haben wir mithin nichts zu suchen.

a) Nun kann es aber sein, daß beide Haftungsgründe konkurrieren: daß jemand für das schuldhafte Verhalten eines Andern einzutreten hat, aber nur dann, wenn in bezug auf dieses zugleich ihn selbst ein Verschulden trifft. Man könnte hier höchstens von einer sekundären Zurechnung reden; in Wirklichkeit ist aber Haftung für eigne Schuld gegeben.[1]) Denn hätte der Verantwortliche vorwurfsfrei gehandelt, so wäre der Täter gar nicht in die Lage gekommen, den zum Ersatz verpflichtenden Erfolg herbeizuführen. Trotz des dazwischentretenden fremden Verschuldens ist somit die erforderliche Kausalität zwischen dem eignen und dem Erfolg gewahrt. Der Haftende muß sich — gleichgültig, ob auch den Andern ein Verschulden trifft oder nicht — die schädigende Handlung deshalb zurechnen lassen, weil ihm ein solches zur Last fällt.[2]) Außer dem ganz selbstverständlichen Falle, daß er den Andern zu rechtswidrigem Verhalten veranlaßt hat, bleibt deshalb für uns die Haftung wegen mangelhafter Auswahl, Beaufsichtigung oder Ueberwachung (vom gemeinen Recht als culpa in eligendo vel inspiciendo vel custodiendo bezeichnet) und die Haftung wegen Verwendung eines Erfüllungsdieners[3]) trotz ausdrücklichen oder stillschweigenden[4]) Verbotes[5]) außer betracht.[6]) In dem zuletzt genannten Fall erweitert sich die Vertretungsverbindlichkeit gegenüber der Zurechnung fremden Verschuldens sogar beträchtlich: sie erstreckt sich selbst auf Zufall, wenn dieser ohne Zuziehung des Erfüllungsdieners nicht eingetreten wäre.

b) Aus demselben Grunde müssen wir die Haftung der Körperschaften (§ 31) und der ihnen gleich gestellten Stiftungen (§ 86) und

[1]) Waentig, der die „Haftung wegen Mitschuld" sehr ausführlich behandelt, verkennt das nicht (S. 5) Warum er dann jenen Abschnitt nicht einfach gestrichen hat, ist nicht einzusehen; um so weniger, als schon Wyß die Behandlung dieser Fälle in richtiger Erkenntnis ihres Wesens (S. 4) unterlassen hatte.

[2]) Eine eingehende Betrachtung dieser Fälle bei Dreyer (Gutachten) S. 52 ff.

[3]) Ueber diesen Ausdruck s. unten § 3 II 2.

[4]) Wann ein solches stillschweigendes Verbot anzunehmen ist, ergibt sich aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses mit Rücksicht auf die vernünftige Verkehrsanschauung. Im Einzelfall können freilich Schwierigkeiten entstehen. Darf z B. ein Bildhauer zur Ausführung eines Auftrags Erfüllungsdiener beiziehen, und inwieweit darf er das? Doch würde, wie gesagt, die Erörterung solcher Fragen aus dem Rahmen unsrer Darstellung fallen.

[5]) Das zwar in den meisten Fällen ein rechtsgeschäftliches sein wird, sich aber als beschränktes Verbot auch auf gesetzliche Vorschrift oder obrigkeitliche Anordnung gründen kann; z. B. wenn das Gesetz von den zu verwendenden Erfüllungsdienern besondre Eigenschaften verlangt. Vgl. Burchardi S. 190.

[6]) Damit ist nicht etwa gesagt, daß diese Fälle nicht auch unter § 278 fielen: Dieser umfaßt sie nach seinem Wortlaut zweifellos, und es kann sehr wohl sein, daß der Gläubiger im Einzelfall besser fährt, wenn er sich auf diese Bestimmung beruft und nicht das Eigenverschulden seines Schuldners geltend macht. Das ist auch die herrschende Meinung; abweichend nur Neumann S. 149.

juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 89) für die zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen ihrer verfassungsmäßig berufnen Vertreter unberücksichtigt lassen. Bekanntlich wird scharf umstritten (nicht im Zusammenhang mit unsrer Frage, sondern mit der Lehre von der Handlungsfähigkeit der juristischen Personen), ob sie selbst durch diese Vertreter handeln, oder ob deren Tätigkeit nichts weiter ist als Tätigkeit der physischen Personen, eben der Vertreter. Beide Anschauungen können schwerwiegende Autoritäten für sich namhaft machen. Die Fassung des § 31 und noch mehr die des § 26[2a], der dem Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zuspricht, scheint der zweiten Ansicht günstiger zu sein. Ich glaube zwar, daß Cosack (Bd. I 3. Aufl. 1900 S. 109) Recht hat, wenn er erklärt, es handle sich nicht um eine Rechts-, sondern um eine Ausdrucksfrage, d. h. weniger zart ausgedrückt, die ganze Fehde sei ein Streit um Worte;[1]) doch wird dadurch in unserm Falle die Entscheidung nicht gefördert.

Unleugbar ist, daß die juristische Person nicht in allen Beziehungen wie eine physische tätig werden kann. Es fehlen ihr viele Organe, ohne die wir uns einen Menschen nicht denken können. Aber es fehlen ihr doch nicht alle; wichtige besitzt sie: in der Mitgliederversammlung einen Kopf, in ihren Vertretern Mund und Hände. Man sei nicht zu streng. Gewiß ist das bloß ein Vergleich; aber er ist zweifellos zutreffend und kann Trübes klarer machen. Wenn die Arme einen Erfolg herbeigeführt haben, trägt niemand Bedenken, ihn als Wirkung eines Handelns des Menschen und nicht der Arme zu bezeichnen. Warum soll man bei den juristischen Personen anders verfahren als bei den physischen?

Allein wir haben es gar nicht nötig, uns auf diesen Vergleich zu versteifen; auch das Gesetz spricht deutlich genug für unsre Auffassung. Es bestimmt in § 43, daß einem Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann, wenn er durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstands das Gemeinwohl gefährdet. Falls der Gesetzgeber wirklich zwischen Handlungen des Vorstands und Handlungen des Vereins unterschiede, wäre nicht einzusehen, warum er sich in diesem Falle nicht damit begnügt, die Einsetzung eines neuen Vorstands zu erzwingen, warum er statt dessen in so drakonischer Weise den Verein büßen läßt. Eine derartige Strenge ist befriedigend nur zu erklären, wenn man annimmt, daß im Vorstand der Verein handelt: dieser hat sich gesetzwidrig verhalten, und deshalb gibt die Rechtsordnung die Möglichkeit, ihm wegen seines eignen Verschuldens die bevorzugte Stellung einer Körperschaft zu entziehen. Auch die Fassung des § 43 ist bezeichnend: der Verein gefährdet durch den Vorstand!

Endlich können wir uns auf die Autorität des Reichsgerichts berufen, das für das gemeine Recht, von der rechtlichen Natur der juristischen Person ausgehend, zu derselben Entscheidung gelangte:[2]) „Die amtlichen Vertreter der juristischen Person, soweit sie vermöge ihres

[1]) In der neusten Auflage (S. 103 unten) gebraucht er denn auch diesen etwas kräftigern Ausdruck.

[2]) RG. Bd. 19 S. 350.

Amtes tätig sind," (das entspricht genau den „verfassungsmäßig berufenen Vertretern in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen" des § 31) „sind mit der juristischen Person, insoferne es auf den Willen ankommt, rechtlich zu identifizieren; denn was sie innerhalb des ihnen zugewiesenen Amtskreises als Vertreter derselben und in ihrem Namen vornehmen, ist so aufzufassen, als wäre es von der durch sie repräsentierten juristischen Person selbst vorgenommen, ist daher im Rechtssinne ein eigenes Verschulden der juristischen Person."

Da hier also nach unsrer Auffassung der Täter und der Verantwortliche identisch sind, müssen wir § 31 und die analogen Bestimmungen bei Seite lassen.

II. Dagegen wollen wir eine stattliche Reihe von Fällen der Zurechnung fremden Verschuldens nicht vergessen, die in allen bisherigen Darstellungen unsres Gegenstands unberücksichtigt sind: Es kann sein, daß der Gesetzgeber eine Verantwortlichkeit ohne Verschulden begründet, die durch das Verhalten eines Andern ausgelöst wird; ohne Rücksicht darauf, ob dem Andern dabei ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Trifft aber im einzelnen Falle das erste zu, so ist klar, daß die Vertretungspflicht, vom Standpunkt des Pflichtigen aus gesehen, als Zurechnung des Verschuldens des Andern erscheint. Deshalb ist es nicht richtig, diese Fälle von der Betrachtung auszuschließen. Ein Gefühl dafür scheint auch bei den meisten Schriftstellern vorhanden zu sein. Denn fast alle behandeln die Haftung aus den §§ 831 und 832 unter der Ueberschrift „Haftung für fremdes Verschulden", obwohl nach der beinah unbestritten herrschenden — richtigen — Ansicht Voraussetzung nicht ist, daß der Täter schuldhaft gehandelt habe (s. unten § 14 I): also ein typischer Fall dieser Zurechnungsart. Am weitesten vorgeschritten ist Gysler (im Anschluß an Bieder), der die Haftung aus Art. 65 und 67 des schweizer Obligationenrechts (entsprechend den §§ 833 und 836) als „Anhang" behandelt, weil daraus „unter Umständen" für fremdes Verschulden gehaftet werden könne.[1]) Aber keiner ist dazu gelangt, Teile einer durch die ganze Privatrechtsordnung sich erstreckenden Institution in diesen Fällen zu erkennen. — Der Kürze halber wollen wir sie als zeitweilige Zurechnung bezeichnen, da sie sich nicht notwendig, nicht ständig als Vertretung fremden Verschuldens darstellen.

Auch eine andre bisher allgemein durchgeführte Einschränkung können wir nicht annehmen: Zwar läuft die uns hier interessierende Zurechnung in ihrem praktischen Ergebnis fast immer auf die Entstehung einer vermögensrechtlichen Pflicht, hauptsächlich einer Schadensersatzpflicht hinaus, und in der Erkenntnis dieser Tatsache sind wir auch in der Einleitung davon allein ausgegangen. Aber die Theorie darf deshalb die — freilich recht wenigen — Fälle nicht übersehen, in denen sichs nicht, wie in der Regel, um eine auch ökonomische,

[1]) Uebrigens sei bemerkt, daß sich die Verantwortlichkeit aus diesen beiden Paragraphen nach deutschem Recht nicht als Zurechnung fremden Verschuldens in Form der Entstehung einer Haftung darstellt.

sondern um eine rein juristische Zurechnung handelt. Wer infolge des Verschuldens eines Andern die Befugnis verliert, ein ihm sonst zustehendes Recht überhaupt oder in gewissen Beziehungen auszuüben, und sich so einen erheblichen Eingriff in seine Rechtssphäre gefallen lassen muß, für den liegt darin eine Zurechnung jenes Verschuldens auch dann, wenn er einen Schaden entweder gar nicht erleidet oder ihn hinterher ersetzt bekommt. Notwendig ist nur, daß die Wellen, die das Verhalten des Täters hervorgerufen hat, über fremdes Gelände hinschlagen; ob sie dabei ein Stück des Bodens mit wegschwemmen oder zurückweichen, ohne Schaden angerichtet zu haben, ist gleichgültig. Die entgegengesetzte Anschauung wird besonders scharf von Wyß vertreten, der S. 3 „eine reelle ökonomische Einbuße, eine direkte Vermögensminderung" verlangt.[1]) Wie falsch das ist, zeigt schon die Erwägung, daß dann alle die Fälle von der Darstellung ausgeschlossen werden müßten, in denen eine solche Minderung deshalb nicht entsteht, weil für den Verantwortlichen etwa eine Versicherungsgesellschaft vertragsmäßig eintreten muß, oder weil das im einzelnen Fall ihm gesetzlich zustehende Rückgriffsrecht gegen den Täter tatsächlich zu einem materiellen Ergebnis führte. Gerade vom Juristen sollte man erwarten, daß er nicht danach unterscheidet, ob eine finanzielle, sondern danach, ob eine juristische Schädigung verursacht worden ist oder nicht.

[1]) Allerdings behandelt er bloß die „Haftung" für fremdes Verschulden.

Die Zurechnungsfälle.

1. Abschnitt.

Zurechnung in Form der Entstehung einer Pflicht.

I. Der Pflicht zum Schadensersatze.

A. Der Regelfall.

1. Die Voraussetzungen der Zurechnung.

§ 3. a) **Die Voraussetzungen in der Person der Beteiligten.**

Das allgemeine Prinzip für die Zurechnung fremden Verschuldens, die sich in der Entstehung einer Schadensersatzpflicht äußert, stellt § 278 auf: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden."

Die Haftung für den durch fremdes Verschulden einem Dritten [1]) zugefügten Schaden setzt danach ein Dreieck voraus: Wir haben den Verantwortlichen, den Täter und den Geschädigten zu unterscheiden und wollen zunächst die Erfordernisse untersuchen, die in deren Person gegeben sein müssen.

I. Den, dem das fremde Verschulden zugerechnet wird, bezeichnet das Gesetz als „Schuldner". Nach der Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuchs kann man darunter nur den verstehen, der zu einer Leistung verpflichtet ist, gegen den sich ein persönlicher Anspruch richtet. Denn es vermeidet außerhalb der obligatorischen Verhältnisse den Ausdruck Schuldner sorgfältig und spricht im Sachenrecht statt dessen durchweg vom „Eigentümer". Am deutlichsten zeigt sich diese bewußte Unterscheidung in dem Abschnitt über die Hypothek, wo der dinglich Verpflichtete stets Eigentümer, der persönlich Verpflichtete stets Schuldner genannt wird. Auch darf nicht ganz übersehen werden, daß § 278 seinen Platz im Recht der Schuldverhältnisse, nicht im allgemeinen Teil gefunden hat. Es ist deshalb nicht richtig, seine Bestimmung unterschiedslos beim Vorliegen obligatorischer und dinglicher Ansprüche anzuwenden, wie Nußbaum S. 53 es tut; sie setzt vielmehr stets einen persönlichen Anspruch, einen Anspruch auf Leistung (§ 241) voraus.

[1]) Dieser unbestimmte Ausdruck wird später präzisiert werden.

Dabei ist aber zu beachten, daß jedes dingliche Recht die Kraft in sich trägt, aus der Fülle der ihm innewohnenden Berechtigungen heraus ein Forderungsrecht ins Leben zu rufen, und daß es diese Kraft jedenfalls immer dann äußert, wenn es verletzt wird; gerade dadurch zeigt sich nach außen hin seine Bedeutung am machtvollsten. Hat sich so aus dem absoluten Recht ein relatives abgespalten, so ist unzweifelhaft der, gegen den es sich richtet, Schuldner im Sinn des § 278, so daß wir im großen und ganzen zu demselben Ergebnis wie Nußbaum kommen, wenn auch auf anderm Weg.

Nach dem Gesagten ist klar, daß man die Haftung aus § 278 nicht, wies häufig geschieht, als kontraktliche Haftung bezeichnen darf;[1]) denn es ist durchaus nicht notwendig, daß zwischen dem Haftenden und dem Geschädigten gerade ein Vertragsverhältnis besteht.[2]) Inwiefern auch die Bezeichnung „außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden" dem Standpunkt des Gesetzes nicht entspricht, ist später zu zeigen (s. unten § 12 I).

Wodurch man Schuldner und Gläubiger wird, wie insbesondre bei den gegenseitigen Verträgen diese Stellungen verteilt sind, bestimmt sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Verwiesen sei auf die aus der gemeinrechtlichen Judikatur zusammengestellte Kasuistik bei Rehbein S. 108; vgl. auch das Urteil des OLGs. Stuttgart im Recht 1903 S. 79.

II. Der Schuldner ist nicht für das Verschulden des nächsten Besten verantwortlich, mit dem er in keinem irgendwie gestalteten privatrechtlichen Verhältnis steht, sondern er haftet nur, wenn eine Beziehung von besondrer Art zwischen ihm und dem Schadenstifter obwaltet.

1. Zunächst wird bestimmt, daß ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters dem Vertretnen zugerechnet werde — eine notwendige Ergänzung des Grundsatzes, daß der nicht Geschäftsfähige zum Rechtsverkehr zugelassen wird, und eine Folgerung daraus.[3]) Warum nur das rechtsgeschäftliche, nicht auch das deliktische Verschulden, wie meist behauptet wird, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Freilich sagen die Motive (Bd. II S. 31 Anm. 1), dem Entwurf, dessen Bestimmungen in dieser Hinsicht eine materielle Aenderung nicht erfuhren, sei Haftung für Delikte des gesetzlichen Vertreters unbekannt; Worte, die oft nachgesprochen worden sind. Aber diese Meinung des Gesetz-

[1]) Dagegen ist die Bezeichnung „Haftung innerhalb bestehender Schuldverhältnisse" ganz korrekt.

[2]) Vgl. Matthiaß S. 376 („in allen rechtsgeschäftlichen und analogen Verhältnissen"); Rümelin I S. 87 („Ausführung der durch Kontrakt oder auch einen andern Vorgang begründeten Obligation"); Rehbein S. 105 („in kontraktlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen"); Hoffmann S. 108 f. A. M. offenbar Dernburg S. 145 oben; Liszt S. 105 („§ 278 setzt ein bestehendes Vertragsverhältnis voraus").

[3]) Vgl. Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf eines BGB. S. 49; Schollmeyer S. 103.

gebers hat keinen Ausdruck im Gesetz gefunden. Wenn ohne jeden Zusatz vorgeschrieben ist, dem Schuldner solle das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters zugerechnet werden, kann darunter nichts andres verstanden werden als eben Verschulden schlechthin, d. h. jedes Verschulden. Die übliche Beschränkung auf rechtsgeschäftliches Verschulden ist rein willkürlich und zudem durch den so entstehenden Gegensatz zum Erfüllungsdiener befremdend.

Der Begriff des gesetzlichen Vertreters kann Schwierigkeiten machen. Daß für uns der Vorstand einer Körperschaft oder Stiftung nicht in betracht kommt, ist nach dem oben Gesagten klar. Jedenfalls gehören hieher die Inhaber der elterlichen und einer analogen Gewalt (der Vormund, der Pfleger,[1]) der Beistand, wenn die Voraussetzungen des § 1693 gegeben sind); natürlich nur, wenn und soweit ihnen die Vermögensverwaltung zusteht. Ist sie ihnen von Anfang an nur zum Teil übertragen, oder ist sie ihnen zum Teil entzogen,[2]) so muß sich ihr Verschulden gerade auf den Teil beziehen, innerhalb dessen sie Vertretungsmacht haben; denn der Vertretne haftet nur dann, wenn sein gesetzlicher Vertreter gerade in seiner Eigenschaft als solcher, nicht in seinen sonstigen Eigenschaften schuldhaft gehandelt hat.

Andre gehen noch weiter und beziehen hieher auch den geschäftsführenden Gesellschafter der offnen Handelsgesellschaft nach § 125 HGB.,[3]) den Konkursverwalter im Verhältnis zum Gemeinschuldner[4]) und folgerichtig dann wohl auch den Verwalter eines sequestrierten Grundstücks (Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung §§ 150 ff.): Das ist nur möglich, wenn man von der allgemein gebräuchlichen Terminologie[5]) absieht und als gesetzliche Vertretung nach dem Wortsinn die auffaßt, die auf einer Anordnung durch Gesetzesvorschrift beruht, die gesetzlich geboten ist. Auf den ersten Blick ist das sehr bestechend und erscheint namentlich für den Konkursverwalter wegen der §§ 353^2 und 499^b gerechtfertigt. Aber wenn mans tut, gibts keinen Halt mehr. Insbesondre ist dann nicht einzusehen, warum man einen Unterschied

[1]) Dem Personenpfleger ist der Nachlaßpfleger ganz gleich gestellt. Vgl. § 1962; § 20 II bayer. Nachlaßordnung; Blätter für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 511.

[2]) Vgl. §§ 1630^{2b}, 1693, 1794, 1796, 1797^2.

[3]) Oertmann I S. 38; Brückner S. 338; OLG. Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. 52 Nr. 157, das aber so vorsichtig ist, die Gesellschafter nur „gleichsam" als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft zu bezeichnen.

[4]) Kisch S. 104; Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl. 1888 S. 30 ff.; Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 36 ff. A. M. Rehbein S. 105; Sarwey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl. 1896 S. 85 ff.; Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 2. Aufl. 1903 S. 213.

[5]) Das bürgerliche Gesetzbuch sagt außerhalb des Familienrechts immer nur, eine Person habe die Stellung eines gesetzlichen Vertreters; nicht, sie sei gesetzlicher Vertreter. Der Unterschied zeigt sich besonders klar beim Vorstand einer Körperschaft, bei dem sichs nach Labands (S. 187) geistvoller Unterscheidung nicht — wie beim gesetzlichen Vertreter — um Vertretung in Vollmacht, sondern um Vertretung in Organschaft handelt; d. h. er ist nicht Vertreter, sondern Organ.

darnach machen soll, ob die gebietende Vorschrift dem materiellen Recht oder dem Prozeßrecht angehört, warum man also namentlich den Rechtsanwalt im Anwaltsprozeß nicht als gesetzlichen Vertreter mit aufführt. Es wird jedoch kaum einem Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber ihn nicht als solchen behandelt wissen will, und gerade dieses Beispiel zeigt, wie unrichtig es ist, den Ausdruck „gesetzlicher Vertreter" weiter zu dehnen, als es sonst der Uebung entspricht. Ich glaube deshalb, daß für die zuletzt genannten Personen nicht nach § 278 gehaftet wird,[1]) wenn ich auch nicht verkenne, daß sich für die entgegengesetzte Ansicht beachtenswerte Gründe anführen lassen.

2. Ebenso wie das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters macht den Schuldner das einer „Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" schadensersatzpflichtig.

Wir wollen diese umständliche Bezeichnung in möglichster Anlehnung an sie unter Zusammenziehung ihrer beiden Hauptmerkmale durch das Wort „Erfüllungsdiener" ersetzen. Nußbaum spricht von „Hülfsperson" (ein Ausdruck, den — soviel ich sehe — das Reichsgericht geprägt hat: RG. Bd. 10 S. 166), merkt aber S. 1 Anm. 1 an, daß der Ausdruck „Gehülfe" vorzuziehen wäre; weil der jedoch schon anderweitig vergeben sei (das ist Nußbaums sehr subjektive Auffassung, die sofort widerlegt werden wird), müsse von seiner Anwendung abgesehen werden. Allein auch dieser ist nicht sehr glücklich, wie Wüstendörfer S. 6 und Hoffmann S. 146 ff. zugeben, die aber gleichwohl keinen bessern an seine Stelle setzen; denn entsprechend dem Sprachgebrauch wird dadurch die Vorstellung erweckt, daß nur der hieher gehöre, der in Verbindung mit dem Schuldner, und zwar ihm gegenüber in einer untergeordneten Stellung zur Erfüllung tätig wird, und daß ein „Helfen" wesentlich sei — was ganz falsch wäre. Dennoch ist in der Literatur die Bezeichnung „Hülfsperson" oder „Gehülfe"[2]), die beide oft abwechselnd gebraucht werden, fast allgemein angenommen. Nur Asmis, Cosack und Crome haben Neuschöpfungen versucht: Asmis spricht von „Erfüllungsgehülfen" — kein großer Fortschritt, da sichs ja vor allem darum handelt, das mißverständliche Wort Gehülfe zu vermeiden; Cosack S. 253 ff. gebraucht den Ausdruck „der Andere" (bezeichnenderweise immer mit Anführungszeichen!), der aber doch gar zu unbestimmt ist, als daß er befriedigen könnte; Crome S. 119 endlich nennt die in betracht kommende Person „Mittelmann"[3]), eine sprachliche Mißgeburt, an der nur Wenige Freude haben werden. — Erfüllungsdiener und gesetzliche Vertreter wollen wir als „Erfüllungsmittler" zusammenfassen: auch der gesetzliche Vertreter vermittelt ja für den Schuldner die Erfüllung von Verbindlichkeiten.

[1]) Etwas ganz andres ist die Frage, ob sie nicht im Einzelfall Erfüllungsdiener sind.

[2]) Wobei wieder die Einen unter Gehülfen nur die Personen des § 278, die Andern auch die Bestellten des § 831 verstehen.

[3]) Das OLG. Augsburg spricht in der im Recht 1903 S. 17 mitgeteilten Entscheidung etwas geschmackvoller von „Mittelperson", was schon Wyß S. 87 ff., Dolinski S. 15 und Mathis S. 22 getan hatten.

a) Es ist auffällig, daß sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt hat, im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse das Prinzip des § 278 aufzustellen, daß er vielmehr bei einzelnen seiner Anwendungsfälle im besondern Teil noch ausdrücklich darauf zurückweist und seine Konsequenz zieht. Das geschieht dem Sinne nach in § 701[2], soweit die Rede ist von „Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der eingebrachten Sachen bestellt waren“ [1]) und in der letzten Alternative des § 702 [2]); auch nach dem Wortlaut in § 664[1c] (vgl. dazu §§ 27[3], 86, 713, 2218) und § 691[c]. An sich wäre gegen diese — freilich recht überflüssigen [3]) — Wiederholungen nicht viel einzuwenden, wenn auch zu bedenken ist, daß sich ein Gesetz nicht mit Selbstverständlichem belasten sollte.[4]) Nun fehlt aber die Bezugnahme auf jene allgemeine Regel überall da, wo von Vertretungspflicht gehandelt wird, und wo nach der streng festgehaltnen Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuchs, das scharf zwischen Verschulden und Vertreten unterscheidet (vgl. insbesondre Endemann S. 582), zweifellos auch ein Anwendungsfall des § 278 vorliegt. Hier, wo von der Entstehung einer Schadensersatzpflicht als Folge der Zurechnung fremden Verschuldens gehandelt wird, kommen davon in betracht die §§ 265[b] (wenn bei einer Alternativobligation die eine der Leistungen infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Schuldner zu vertreten hat, kann sich der Gläubiger gleichwohl für die unmögliche Leistung entscheiden, d. h. Schadensersatz verlangen), 280, 325[1a] (falls der Berechtigte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und nicht statt dessen vom Vertrage zurücktritt), 326[1c] (vgl. dazu § 440[1]), 538[1] (vgl. dazu § 541) und 635.[5]) Eine so verschiedne Behandlungsweise ist die reine Willkür.

Dazu kommt ein befremdender Wechsel im Ausdruck, der die Auslegung erschwert. Während § 278 von „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“

[1]) § 701 stellt einen Fall zeitweiliger Zurechnung fremden Verschuldens dar, weil die Haftung des Gastwirts auch dann eintritt, wenn den Schadenstifter ein Verschulden nicht trifft.

[2]) Die §§ 701, 702 sind deshalb zu § 278 zu stellen, weil der Wirt in dieser Strenge nur gegenüber dem „Gast“ verantwortlich ist, also das Bestehen eines Schuld-, sogar eines Vertragsverhältnisses vorausgesetzt wird. Die genannten Paragraphen als besondre Art der „außerkontraktlichen Haftung“ zu behandeln und mit § 831 in Verbindung zu bringen, wie Pfeiffer S. 57 es tut, ist um so unrichtiger, als bei § 701 durchaus nicht nötig ist, daß ein objektiver Tatbestand nach §§ 823—826 vorliegt, sondern die Tatsache der Verursachung genügt, um die Zurechnung zu begründen.

[3]) Mit vollem Recht nannte Laband (Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 74, n. F. Bd. 24 S. 328) die Bestimmung des jetzigen § 664[1c] überflüssig und verwirrend und verlangte die Streichung dieses Satzes. Die zweite Kommission behielt ihn jedoch „aus Zweckmäßigkeitsgründen“ bei (Prot. Bd. II S. 355).

[4]) Es wäre gut gewesen, wenn sich nicht nur die Mitglieder der zweiten Kommission, sondern auch die Verfasser des ersten Entwurfs selbst an die Worte der Motive (Bd. II S. 30) erinnert hätten: „Durch die Vorschrift des § 224[2] [des jetzigen § 278] ist man der Notwendigkeit überhoben . . ., Spezialbestimmungen zu treffen“.

[5]) Es handelt sich hier immer um zeitweilige Zurechnung.

und § 664[1c] (ebenso § 691[c]) von „Gehülfen" spricht, redet der uns hier interessierende Fall des § 701[2] von „Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der [von den Gästen einzubringenden] Sachen bestellt waren", die letzte Alternative des § 702 von den „Leuten des Gastwirts" schlechthin. Muß aus diesem Unterschied in der Bezeichnung geschlossen werden, der Gesetzgeber habe drei verschiedne Personengruppen im Auge? Daß die Gehülfen der §§ 664[1c] und 691[c] nicht identisch seien mit den Erfüllungsgehilfen des § 278, ist bereits behauptet worden (Nußbaum S. 69, Blau S. 15). Aber mit Unrecht. Denn einmal gebraucht das bürgerliche Gesetzbuch das Wort Gehülfe in Zusammenhängen, aus denen klar hervorgeht, daß es ihm als bestimmter technischer Ausdruck fremd ist (§§ 196 Ziffer 9, 456, 830[2], 2237 Ziffer 4); dann aber ist nicht einzusehen, welche von einem „Gehülfen" verschiedne Person Erfüllungsgehilfe sein kann.[1]) Nußbaum behauptet zwar, daß außer dem Gehülfen auch der Substitut unter § 278 falle; doch wird gleich zu zeigen sein, daß diese Ansicht unrichtig ist. Der Gesetzgeber, der das Prinzip für diese beiden Fälle ja einzig und allein aus Zweckmäßigkeitsgründen wiederholte (Prot. Bd. II S. 355, 395), wollt offenbar nur den langatmigen, schwerfälligen genauern Ausdruck vermeiden, den er aus § 278 als bekannt voraussetzen durfte. — Stellen aber vielleicht die §§ 701, 702 (insbesondre der zweite, da ja in § 701 eine Einschränkung beigefügt ist) in den „Leuten" des Gastwirts einen vom Erfüllungsgehilfen abweichenden Begriff auf? Keinesfalls darf man damit den alltäglichen Sinn verbinden, wonach dieses Wort das denkbar weiteste zur Bezeichnung eines Zugehörigkeitsverhältnisses ist, sei es eines familienrechtlichen, sei es eines obligationenrechtlichen.[2]) Vielmehr sind unter den Leuten eines Gewerbetreibenden nach der Definition des Reichsgerichts[3]) nur die Personen zu verstehen, „die innerhalb seines Gewerbebetriebes zur Vornahme gewisser Arbeiten angenommen, angestellt sind"; ihre Tätigkeit muß sich also in unserm Fall gerade auf die Erfüllung der aus dem Gastgewerbe hervorgehenden Verbindlichkeiten beziehen. Der Wirt

[1]) Man berufe sich nicht etwa auf die Worte der Motive Bd. II S. 29: „§ 224[2] [jetzt § 278] befaßt sich mit der Haftung des Schuldners für das Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, insbesondere mit der Haftung für Gehülfen." Denn wie aus dem darauffolgenden Satz hervorgeht, denken sich die Motive als Gegensatz den Stellvertreter, der im Einzelfall als Erfüllungsgehilfe tätig wird: dann ist er aber „Gehülfe" so gut wie jeder andre auch.

[2]) Das scheint Wendt S. 65 ff. zu tun. Ja, er geht sogar noch weiter: Der Mieter soll nicht nur vertreten, „was seine Angehörigen, Frau und Kinder und sonstige von ihm aufgenommene Verwandte, was sein Gesinde, was seine Gäste verschuldet haben" (S. 65), sondern er soll auch dann verantwortlich sein, wenn sein Nachbar, mit dem er in Feindschaft lebt, ihm die Fenster einwirft oder sonst das Mietobjekt beschädigt (S. 68)! Ist das nicht die nackte Veranlassungshaftung, die dem bürgerlichen Gesetzbuch so meilenfern liegt? Die beiden Pandektenstellen, das einzige, was Wendt zur Unterstützung dieser ungeheuerlichen Ansicht anführt, können für das geltende Recht nicht das Geringste beweisen.

[3]) RG. Bd. 7 S. 127 oben.

haftet deshalb gewiß nicht nach §§ 701, 702, wenn seine Stallmagd den Schaden angerichtet hat, die in dem Landwirtschaftsbetrieb beschäftigt ist, als dessen Nebengewerbe die Gastwirtschaft sich darstellt — ein auf dem Land sehr häufiger Fall; oder sein volljähriger Sohn, der mit dem Betrieb des väterlichen Gewerbes nichts zu tun hat, sondern sich etwa in Ferien bei den Eltern befindet.[1]) Die „Leute" der §§ 701, 702 sind nur solche Personen, deren sich der Gastwirt zur Erfüllung der aus seinem Gewerbe für ihn entspringenden Verbindlichkeiten bedient, d. h. sie sind identisch mit den Erfüllungsdienern des § 278. Daß der Gesetzgeber zwischen beiden keinen Unterschied machen wollte, geht auch klar aus den Motiven (Bd. II S. 30) hervor, wo gesagt wird, es erscheine gerechtfertigt, schlechthin die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Leute zu bestimmen; gemeint sind die in dem jetzigen § 278 aufgeführten Personen.

Besser wär es aber jedenfalls gewesen, wenn das Gesetz den unjuristischen, weil unbestimmten Ausdruck Leute[2]) vermieden hätte, der nur den Vorzug der Kürze hat. Am besten wäre die unnötige Exemplifizierung des in § 278 ausgesprochnen Prinzipes sowohl auf den Herbergs- als auch den Auftrags- und Verwahrungsvertrag ganz weggeblieben.

b) Als Ausnahmen von diesem Prinzip bezeichnet man gern[3]) die Vorschriften der §§ 664[1b] und 691[b]. Mit Unrecht; denn sie haben mit § 278 nichts gemein. Sie handeln nicht vom Erfüllungsdiener; sie setzen im Gegenteil voraus, daß der Schuldner nicht selbst erfüllt, sondern statt dessen — befugt — die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einem Andern überträgt, den man auch jetzt noch im Anschluß an die gemeinrechtliche Terminologie allgemein als Substituten bezeichnet.[4]) Nur Nußbaum (S. 68 ff.), dem Hoffmann (S. 150 ff.) folgt, glaubt von diesem Herkommen abweichen zu müssen. Er gibt dem von jeher als Substituten Gekennzeichneten die schwer verständliche Bezeichnung „Quasisubstitut" und versteht unter dem „eigentlichen Substituten" eine „Hülfsperson, welcher der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz oder zu einem erheblichen, in sich eine abgeschlossene Leistung darstellenden Teil übertragen hat". Was mit dieser Unterscheidung gewonnen sein soll, kann ich nicht einsehen. Die Hauptsache ist, daß sichs um eine „Hülfsperson" handelt, daß demnach der von Nußbaum Substitut Genannte unter § 278 fällt; denn auch wenn

[1]) Daß Familienangehörige des Wirtes, die im Gewerbebetriebe wie Angestellte mitwirken, zu den „Leuten" gehören, worauf Oertmann I S. 436 besonders hinweist, versteht sich von selbst.

[2]) Er kommt im bürgerlichen Gesetzbuch nur in diesen beiden Paragraphen vor, findet sich aber schon im alten Handelsgesetzbuch, wie auch im neuen (§§ 431, 458!), wo er gleichfalls zu Zweifeln Anlaß gegeben hat.

[3]) Cosack S. 254 Anm. 23, Brückner S. 339, Nußbaum S. 69, Blau S. 15, 17. Offenbar auch Schollmeyer S. 105 und Kipp S. 93. Richtig dagegen Dernburg I S. 145 Anm. 1, Rehbein S. 106, Matthiaß S. 377.

[4]) Vgl. insbesondre Burchardi S. 26 ff., Conradi S. 3 f., 9 ff., Leonhard (Gutachten) S. 351, Abicht S. 5 ff. Für das neue Recht Endemann S. 498, Enneccerus I S. 480.

die Erfüllung „ganz" einem Andern überlassen ist, bleibt — falls nicht Substitution im gebräuchlichen Sinne vorliegt — der Schuldner trotzdem Schuldner, so daß also der Andre Erfüllungsdiener ist. Unter den Personen, von denen § 278 spricht, einzelne mit eigner Bezeichnung hervorzuheben, ohne daß für sie irgend eine materiellrechtliche Besonderheit nachgewiesen werden kann, ist zwecklose Polypragmasie; zu weit gehende Unterscheidungen fördern nicht, sondern verwirren.

Wo nun der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit befugt „übertragen" hat (Uebertragung ist der technische Ausdruck des bürgerlichen Gesetzbuchs), sind nur zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder er hat die Uebertragung nicht gehörig vorgenommen: dann haftet er wegen eignen Verschuldens (culpa in eligendo), so daß dieser Fall für uns ausscheidet. Oder er hat dabei vorwurfsfrei gehandelt: dann hat er die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt, das Schuldverhältnis ist erloschen, soweit er daran beteiligt war; wie kann er da noch auf Grund dieses Schuldverhältnisses haften?

Auch der zweite Satz des § 664[1] und der des § 691 besagt also Selbstverständliches. Dem Gesetzgeber ist das sehr wohl zum Bewußtsein gekommen. In den Protokollen (Bd. II S. 355; S. 395 wird für die entsprechende Bestimmung des Verwahrungsvertrages darauf zurückverwiesen) ist die Darlegung eines Kommissionsmitglieds niedergelegt, „es sei selbstverständlich, daß der, dem es erlaubt sei, den ihm erteilten Auftrag durch einen Andern ausführen zu lassen, bereits mit der Annahme eines geeigneten Substituten seiner Verpflichtung Genüge leiste; das ergebe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sowie aus dem Inhalte des Vertrages". Die folgenden Ausführungen lassen ersehen, daß die Mehrheit der Kommission diese Anschauung billigte, und daß sie den Antrag auf Streichung der uns hier interessierenden Sätze nur deshalb ablehnte, weil sie das an sich Selbstverständliche und für alle Rechtsverhältnisse Zutreffende bei diesen beiden besonders wichtigen Verträgen noch eigens „außer Zweifel setzen wollte, daß nämlich die Substitution auf die Gefahr desjenigen gehe, der sie gestattet habe".

Wir müssen mithin daran festhalten, daß die §§ 664[1b] und 691[b] nur Anwendungsfälle eines im Gesetz nicht ausgesprochnen Prinzipes sind, und dürfen aus dessen ausdrücklicher Exemplifizierung in zwei Einzelfällen nicht etwa schließen, daß es bei den Rechtsverhältnissen anders sei, bei denen dieser ausdrückliche Hinweis auf das Prinzip fehlt. Freilich kann die Inkonsequenz, die darin liegt, daß seine Folgerungen das eine Mal gezogen werden, das andre Mal nicht, zu Bedenken Anlaß geben und hat ihn schon gegeben. Um so mehr, als auffälligerweise unter den Vorschriften über den Auftrag, die nach § 675 entsprechende Anwendung auf einen Dienst- oder Werkvertrag finden sollen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, § 664 nicht mit aufgeführt ist. Darauf allein gründet Neumann S. 149 seine von der unsern abweichende Meinung. Doch scheint er selbst vor den Ergebnissen seiner Ansicht zu erschrecken; denn er fügt sofort hinzu,

daß es „natürlich" anders wäre, wenn die Substitution z. B. durch Anwaltszwang geboten sei: daß die Natur der Sache keine Begründung für diese gewiß nicht selbstverständliche Ausnahme ist, braucht nicht erst bemerkt zu werden. — Wir dürfen eben, wie gesagt, nicht vergessen, daß die Haftung des befugt Uebertragenden für mehr als ein bei der Uebertragung ihm zur Last fallendes Verschulden schlechthin in allen Rechtsverhältnissen ausgeschlossen ist: also auch beim Dienstvertrag. Daß die Partei im Anwaltprozeß für das Verschulden ihres Rechtsanwalts nicht verantwortlich ist,[1]) wenn ihr nicht Eigenverschulden[2]) nachgewiesen werden kann, ist keine Ausnahme, sondern die Folgerung aus jener allgemeinen Regel. Dies ist auch das einzige befriedigende Resultat; denn es ist nicht einzusehen, warum diese so verwandten Verhältnisse so verschieden behandelt werden sollten. Der Gläubiger hat es ja stets in der Hand, das Ausscheiden des Schuldners aus dem Obligationsverband zu verhindern: er verbiete die Substitution!

Was für uns die Hauptsache ist: Wer Gebrauch macht von seiner Befugnis, die Erfüllung der geschuldeten Leistung einem Dritten zu übertragen, haftet nur für eignes Verschulden, nicht für das des Dritten;[3]) alle diese Möglichkeiten kommen mithin für uns nicht in betracht.

c) Eine Kasuistik der von § 278 umfaßten Fälle zu geben, ist nicht möglich. Der Gesetzgeber hat mit gutem Bedacht einen außerordentlich weitgreifenden Ausdruck gewählt. So ist es völlig gleichgültig, ob der Erfüllungsdiener allein oder neben dem Schuldner die Leistung vollzieht; ob bereits ein Vertragsverhältnis besteht, das ihn zum Handeln verpflichtete (insbesondre ein Dienstvertrag)[4]), oder ob er wirtschaftlich selbständig ist; ob er auf Grund eignen, freien Willensentschlusses oder unter dem Zwang eines obrigkeitlichen Befehls[5]) tätig wird; ob er ein Entgelt erhält oder nicht; ob er zur Leistung niedriger oder höhrer Dienste zugezogen worden ist; ob er mit dem Bewußtsein handelt, eine Verbindlichkeit des Schuldners zu erfüllen, oder ob er von dieser gar nichts weiß; ob er allgemein zur Vornahme aller Handlungen von bestimmter Art ermächtigt ist, die in einem gewissen Wirkungskreis in Zukunft vorzunehmen sein werden, oder ob sich die Ermächtigung nur auf einzelne Handlungen bezieht — das

[1]) A. M. Crome S. 119 Anm. 17. — Vorausgesetzt wird, daß die Prozeßführung Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, was z. B. bei Versicherungsverhältnissen zutreffen kann.

[2]) Es kann sich nur um ungenügende oder gar vorsätzlich falsche Instruktion handeln, nicht aber um ein Verschulden bei der Auswahl des Rechtsanwalts; denn ein solches ist ausgeschlossen, da ja der Staat selbst dafür garantiert, daß alle für die Uebertragung in betracht Kommenden auch geeignete Persönlichkeiten seien.

[3]) Das Gesetz macht davon nur eine einzige, später (unten § 8 I) zu besprechende Ausnahme: § 571.

[4]) Gleichgültig, ob ein bürgerlichrechtlicher oder ein öffentlichrechtlicher: Jur. Wochenschrift 1904 S. 6.

[5]) Es ist insbesondre an Strafgefangne oder Soldaten zu denken, die zu Arbeiten verwendet werden; vgl. auch Strafgesetzbuch § 360 Ziffer 10. Ebenso Nußbaum S. 71. A. M. Schütz S. 27, der darin eine Art culpa in eligendo zu erblicken scheint.

alles begründet keinen Unterschied. Immerhin aber ist nötig, daß sich der Schuldner des Andern „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient". Darin liegt ein Dreifaches.

a) Zunächst wird verlangt, daß die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Frage steht.[1]) Man sollte nicht glauben, daß deren Begriff Schwierigkeiten machen kann. Wenn wir uns gleichwohl auf seine Erörterung einlassen, geschieht das nur, um die Ausführungen Nußbaums (S. 54—65) zurückzuweisen: Nach ihm zerfallen die Verbindlichkeiten in echte und unechte, die beide durch den gemeinsamen Oberbegriff der Verpflichtung gedeckt würden. Die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und (echter) Verbindlichkeit stützt er darauf, daß er behauptet, Leistung sei Uebertragung eines Gutes, d. h. eines Vorteils oder Wertes, der Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, an eine Person; die Verpflichtung zu einem Handeln, das nicht Leistung sei, sei keine Verbindlichkeit; also erst recht nicht die Verpflichtung zu einem Verhalten, das sich nicht einmal als Handeln qualifizieren lasse. Nun ist aber die diesem Gedankengang zu Grund gelegte Definition der Leistung unvereinbar mit dem bürgerlichen Gesetzbuch, das in § 241 b mit klaren Worten ausspricht, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne.[2]) Sie hat also nicht nur die positive Seite, die Nußbaum allein sieht (ob er auch nur diese richtig definiert, braucht nicht untersucht zu werden), sondern auch eine negative; sie ist, da das Unterlassen zugleich ein Dulden in sich birgt, ein Begriff mit drei Kanten. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Gesetz eine Verbindlichkeit in Nußbaums Sinn kennt; jedenfalls versteht es sehr oft da, wo es von Verbindlichkeit spricht, darunter auch die „unechte" Verbindlichkeit, um mit Nußbaum zu reden.[3]) Ein besonders schlagendes Beispiel aus dem Handelsgesetzbuch, das wir in Fragen der Terminologie sehr wohl heranziehen dürfen, da es ja gleichzeitig mit der Schöpfung des bürgerlichen Gesetzbuchs neu gestaltet wurde: Nach § 25 haftet, wer ein unter Lebenden erworbnes Handelsgeschäft ohne Aenderung der Firma fortführt, für alle im Geschäftsbetrieb begründeten „Verbindlichkeiten" des frühern Inhabers. Nach Nußbaum müßt ein Bankier, der in dieser Weise haftet, zwar für die Rückgewährung der Sachen verantwortlich gemacht werden, die — etwa durch Lombardgeschäft — in den Besitz seines Vorgängers gelangt sind, dagegen nicht für deren ordnungsmäßige Behandlung (das ist mit einer kleinen Modifikation Nußbaums eignes Beispiel auf S. 59); denn nur das erste ist eine

[1]) Vgl. dazu das Reichsgericht in der deutschen Juristenzeitung 1903 S. 105.

[2]) Auch der indirekte Beweis, den Nußbaum S. 55—58 für die Richtigkeit seiner Behauptungen — wenn ich ihn recht verstehe — daraus entnehmen will, daß das Gesetz „ausnahmsweise" in zwei Fällen „unechter" Verbindlichkeiten den Verpflichteten für Erfüllungsmittler einstehen lasse (§§ 254 und 351), beruht auf diesem falschen Leistungsbegriffe. Wir brauchen deshalb nicht weiter darauf einzugehen.

[3]) Auch das Reichsgericht hat von jeher beide Ausdrücke als ganz gleichbedeutend ohne Unterschied neben einander gebraucht.

„echte", das zweite ist bloß eine „unechte" Verbindlichkeit, und Verbindlichkeit schlechthin ist nach Nußbaum nur „Verpflichtung zur Leistung" (S. 52), d. h. nur „echte Verbindlichkeit" (S. 54). Wer möchte so etwas im Ernst behaupten? Das Gesetz kennt eben den Begriff der Verbindlichkeit als einen von der Verpflichtung verschiednen technischen Ausdruck nicht; es gebraucht beide Bezeichnungen regellos neben einander.

Die Ausführungen Nußbaums sind denn auch in der Literatur, soweit sie überhaupt einer Erwähnung gewürdigt wurden, durchgehend abgelehnt worden (abgesehen von den Dissertationen s. Oertmann I S. 39,[1]) Ramdohr, Blau S. 19). — Nach dem Gesagten brauchen wir nicht weiter auf die Folgerungen einzugehen, die er aus seinem Verbindlichkeitsbegriffe für § 278 zieht, und die er selbst als unbillig zu empfinden scheint (S. 60 unten, s. auch S. 64).

Um diesen richtig zu stellen: eine Verbindlichkeit ist immer dann gegeben, wenn jemand von einem Andern ein rechtlich bedeutsames Verhalten, eine Leistung im Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs (also ein Tun oder Unterlassen) auf Grund Vertrages oder Gesetzes fordern kann. Worin im einzelnen Falle die Verbindlichkeit besteht, und wie weit sie sich erstreckt, bestimmt sich nach den Vorschriften über das betreffende Rechtsverhältnis.[2]) Jedenfalls ist aber eine bloße Anstandspflicht keine Verbindlichkeit; dagegen wird eine Naturalobligation trotz des Mangels der Erzwingbarkeit als solche aufzufassen sein, da sie ein Forderungsrecht gibt, und da ihre rechtliche Wirksamkeit erst infolge einer Einrede des Beklagten versagt (ebenso Hoffmann S. 107, 216 f.; für die verjährte Forderung auch Nußbaum S. 52 Anm. 3). Die Verbindlichkeit muß durch das Verschulden des Zugezognen in irgend einer Weise alteriert worden sein: welcher Teil von ihr, ist gleichgültig. Es macht insbesondre keinen Unterschied, ob der Gläubiger dadurch geschädigt wurde, daß die Leistung überhaupt nicht, oder dadurch, daß sie nicht gehörig vorgenommen wurde; von den letztern Fällen sind namentlich die von Bedeutung, wo sichs um nicht rechtzeitige Erfüllung handelt, wo der Schuldner durch das Verschulden seiner Erfüllungsdiener in Verzug gekommen ist. Deshalb hat der Unternehmer dem Besteller allen Schaden zu ersetzen, der diesem daraus erwächst, daß infolge eines Streiks eine Verspätung der Leistung eintritt — falls auch wirklich ein Verschulden der Arbeiter (man denke insbesondre an Kontraktbruch) im Spiel ist (ähnlich Hoffmann S. 213, Abicht S. 51. A. M. Cosack Bd. I 3. Aufl.[3]) 1900 S. 244).

---

[1]) In seiner Rezension im Arch. für bürgerl. Recht Bd. 15 S. 451 nennt er Nußbaums Unterscheidung geistreich, setzt aber hinzu, daß sie schwerlich überzeuge.

[2]) Als besonders wichtig sei hervorgehoben, daß nach dem Ausspruch des Reichsgerichts die Verbindlichkeit der Eisenbahn aus dem Transportvertrag umfaßt, „den Reisenden einen sichern Ausgang aus dem Bahnhof zu gewähren": Jur. Wochenschrift 1903 Beilage S. 124.

[3]) In der neusten Auflage S. 255 fehlt dieser Passus.

β) Zur Erfüllung muß sich der Schuldner des Andern bedienen,[1]) d. h. das Handeln des Erfüllungsdieners muß dem Willen des Schuldners entsprechen. Ich hafte deshalb, wenn mir ein entliehener Gegenstand gestohlen wird, und der Dieb ihn beschädigt, nicht nach § 278. Dagegen ist der Dieb verantwortlich für das Verschulden dessen, durch den er mir, von Gewissensbedenken beunruhigt, die Sache zurückbringen läßt; ebenso haftet jeder Geschäftsführer ohne Auftrag für seine Leute (vgl. Oertmann I S. 39, Crome S. 119 Anm. 24). Es genügt dabei stets, um die Zurechnung aus § 278 zu begründen, daß der Schuldner der Tätigkeit des Erfüllungsdieners ein für allemal die Richtung gewiesen, daß er das Uhrwerk aufgezogen hat und es weiter laufen läßt: der Kaufmann, der sich nicht in jedem einzelnen Augenblick um die Verrichtungen eines jeden seiner Angestellten kümmern kann, muß gleichwohl für sie einstehen.

Wer dagegen ohne Willen oder gar ohne Wissen des Schuldners für ihn handelt, dessen kann sich dieser im allgemeinen nicht „bedienen". § 278 erkennt das auch mittelbar dadurch an, daß er die Haftung für den gesetzlichen Vertreter, die sich demnach aus der zweiten Alternative nicht ergibt, besonders festsetzt. Ebenso ists in den andern Fällen, in denen die Befugnis einer Person, für den Schuldner tätig zu werden, nicht dessen Willen entspringt, sondern auf einem davon abweichenden Titel beruht. Unzweifelhaft trifft dies zu für das Verhältnis zwischen Gemeinschuldner und Konkursverwalter, zwischen Erben und Testamentsvollstrecker. Bedenken erheben sich hinsichtlich der Stellung des Geschäftsführers ohne Auftrag. Fällt diesem bei der Erfüllung Verschulden zur Last, so macht Dernburg I S. 146[2]) den Schuldner, der ja die Einwirkung nicht gestattet habe, nicht verantwortlich; selbst dann nicht, wenn die Geschäftsführung nachträglich genehmigt wird. Ich halte das für unrichtig. Der Schuldner haftet, wie wir gesehen haben, weil und wenn die Geschäftsführung seinem Willen entsprach. Ob das der Fall war, ist Tatfrage; daß es der Fall war, kann nicht mehr zweifelhaft sein, sobald er sie durch die Genehmigung sanktioniert und als seinem Willen entsprechend bezeichnet hat. Es besteht mithin kein Anlaß, die Haftung in diesem Fall auszuschließen. Anders freilich, wenn die Genehmigung nicht erfolgt; es sei denn, daß die Voraussetzung des § 679 gegeben ist.

Mehr, als daß der Schuldner sich des Andern zur Erfüllung bedient, verlangt aber das Gesetz nicht. Insbesondre braucht er — im Gegensatz zu § 831 — nicht Geschäftsherr zu sein und zu bleiben; es genügt, daß der Erfüllungsdiener im allgemeinen seinem Willen gemäß tätig wird. Deshalb haftet der Händler dem Käufer für die Beschädigung, die den verkauften Waren auf der Eisenbahn während

[1]) Die von Burchardi S. 23 ff. eingehend erörterte Frage, ob eine bei Rechtsgeschäften mitwirkende Behörde Erfüllungsdiener ist oder sein kann, erledigt sich für uns im Hinblick auf EG. BGB. Art. 77.

[2]) Ebenso Crome S. 119; Asmis S. 3; Schütz S. 28; Redlich S. 47. Wohl auch Kipp S. 93 und Nußbaum S. 66.

der Fahrt nach dem Erfüllungsort zustößt, obwohl er auf die Beförderung und die Behandlung des Reiseguts gar keinen Einfluß hat.

γ) Endlich ist nötig, daß der Schuldner den Andern zur Erfüllung zuzieht. Es wird hier die Frage von Bedeutung, wie weit der Kreis der Erfüllungshandlungen reicht, und damit die Frage nach dem Inhalt der Verbindlichkeit.

Soweit diese auf nichts weiter als ein Tun geht, ist die Entscheidung leicht, da hier überhaupt nur eine einzige Erfüllungshandlung in betracht kommt; so kann z. B. kein Zweifel sein, daß der Unternehmer eines Werkvertrags dem Besteller gegenüber das Verschulden eines Gesellen zu vertreten hat, der das Werk vor der Abnahme zerstört. Ebensowenig geben die reinen Unterlassungsverbindlichkeiten zu Bedenken Anlaß: Der Ingenieur, der sich verpflichtet hat, die Betriebsgeheimnisse seiner Fabrik nicht zu verraten, kann einen Erfüllungsdiener zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit höchstens dadurch beiziehen, daß er einem Andern das Geheimnis verrät; er haftet dann aber nicht, weil es dieser etwa gegen sein Versprechen weitersagt, sondern weil er selbst schuldhaft gehandelt hat; er haftet nicht wegen fremden, sondern wegen eignen Verschuldens.[1])

Dazwischen liegen aber sehr zweifelhafte Fälle. Denn bei den wichtigsten Schuldverhältnissen setzt sich die Verbindlichkeit sowohl aus positiven als aus negativen Pflichten zusammen. Das trifft immer dann zu, wenn sichs um die Leistung einer Sache handelt, durch deren Vollzug das Schuldverhältnis beendet wird, aber nicht erschöpft ist; wenn nämlich entweder nach der Natur des Schuldverhältnisses (z. B. bei der Leihe, Verwahrung und ähnl.) oder nach dem Parteiwillen (z. B. bei einem Kaufe, durch den der Käufer nicht den unmittelbaren Besitz erwirbt) schon vor der Uebergabe der Sache das Eigentum daran dem Gläubiger zusteht, während dem Schuldner das Recht auf ihren Besitz oder wenigstens die Befugnis zu ihrem Besitz zukommt. Im Hinblick auf die künftige Pflicht, den Leistungsgegenstand zu übergeben, gehört hier die Fürsorge für diesen zur Verbindlichkeit des Schuldners. Er hat für die gehörige Erhaltung zu sorgen, damit seinerzeit die Erfüllung möglich sei; er muß alle Maßnahmen treffen, die notwendig sind, wenn die endgültige Leistung soll erfolgen können, sobald sie fällig geworden ist: insofern befindet er sich in latenter Erfüllung. Diese Konservierungspflicht ist ein Teil seiner Verbindlichkeit, und zu ihrer Erfüllung kann er so gut, wie zur Erfüllung andrer Teile, einen Erfüllungsdiener zuziehen. Man könnte vielleicht geneigt sein, jeden, den er überhaupt nur in Beziehung zur Sache bringt, als solchen aufzufassen, weil er ihn dadurch in die Lage setzt, auf sie einzuwirken, also auch schädlich einzuwirken und so die

[1]) Das sei gegenüber Wendt S. 65 betont. Auch eine Unterlassung, „die im Kontrakt so gemeint ist, daß nicht bloß dem Schuldner persönlich die Zuwiderhandlung verboten ist“ (Wendt) kommt für uns nicht in betracht, weil hier die erweiterte Haftung — wenn auch vielleicht nur stillschweigend — eben vertragsmäßig übernommen ist.

Erfüllung zu vereiteln. Allein das ginge zu weit: nicht jeder, dem der Schuldner den Leistungsgegenstand bloß zeigt, wird damit Erfüllungsdiener; vielmehr ist erforderlich, daß der Andre eine irgendwie geartete Macht darüber erhält. Diese Voraussetzung ist immer dann gegeben, wenn er mit der Obhut über die Sache — ausdrücklich oder stillschweigend — vom Schuldner beauftragt ist, wies insbesondre bei Angestellten und Dienstboten, unter Umständen auch bei Familienangehörigen zutrifft; eine Einschränkung, die später zu besprechen ist (s. unten § 8 II), gilt freilich für ein sehr wichtiges Schuldverhältnis, für die Miete.

Soviel ist aber jedenfalls gewiß, daß der Erfüllungsdiener ist, dem nicht bloß eine solche tatsächliche Macht, eine qualifizierte Einwirkungsmöglichkeit, sondern ein wirkliches Recht auf den Besitz der zu leistenden Sache zusteht; so der, dem der Schuldner sie vermietet, verpachtet, geliehen, in Verwahrung gegeben hat (und zwar der dazu berechtigte Schuldner; sonst tritt ja Haftung wegen eignen Verschuldens ein!). Denn dadurch, daß dieser den unmittelbaren Besitz weggab, hat er sich zwar nicht jeder Möglichkeit der Obhut entäußert, aber er hat sie zu einem sehr erheblichen Teil auf den Andern übertragen und ihn insoweit zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit beigezogen. Das ist denn auch die gemeine Meinung [1]), von der nur Nußbaum S. 60 f. abweicht; da seine Ausführungen stehen und fallen mit der von ihm aufgestellten Definition der Verbindlichkeit, die wir oben zurückgewiesen haben, brauchen wir hier nicht weiter darauf einzugehen.

III. 1. Nicht für alle schädigenden Handlungen schlechthin, sondern — wie das Gesetz ausdrücklich sagt — nur für das Verschulden des Erfüllungsmittlers hat der Schuldner einzustehen. Schuldhaft handelt aber, wem Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt; den Begriff der Fahrlässigkeit bestimmt § 276. Ob das Verschulden in einem obligationswidrigen Verhalten besteht, das die Erfüllung unmöglich macht oder beeinträchtigt, oder ob es den subjektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs darstellt, ist gleichgültig; das eine ist so gut Verschulden wie das andre.

Ebenso wie für den Begriff, sind für den Ausschluß des Verschuldens die allgemeinen Grundsätze maßgebend. Nach diesen kann eine schuldhafte Handlung nur begehen, wer zur Zeit ihrer Verübung Zurechnungsfähigkeit [2]) besaß, so daß in allen Fällen, wo diese fehlt, § 278 nicht zur Anwendung kommt.[3]) Soweit ein Zweifel überhaupt

---

[1]) Planck S. 51; Staudinger S. 41; Oertmann I S. 38; Schollmeyer S. 103; Kisch S. 105; Hoffmann S. 117; Asmis S. 62; Wertheimer S. 34; Redlich S. 49. Ebenso im Ergebnis Matthiaß S. 377.

[2]) Dieser Ausdruck ist nach dem Vorbild der strafrechtlichen Terminologie gebräuchlich; zutreffender wär es wohl, im Anschluß an die Ausdrucksweise des bürgerlichen Gesetzbuchs von Verantwortlichkeit zu reden.

[3]) Ebenso Staudinger S. 41; Schollmeyer S. 104; Crome S. 119; Matthiaß S. 377; Isay S. 378; Otto S. 678; Nußbaum S. 83; Hoff-

möglich sein sollte, wird er dadurch ausgeschlossen, daß § 276, auf den das Wort „Verschulden" verweist, die Vorschriften der §§ 827, 828 für entsprechend anwendbar erklärt. Ob sichs nicht empfohlen hätte, eine dem § 829 analoge Bestimmung für diesen Fall zu treffen, mag dahingestellt bleiben. — Die Unzurechnungsfähigkeit deckt sich fast immer mit der Geschäftsunfähigkeit; ist das ausnahmsweise anders, wird ein zurechnungsfähiger Geschäftsunfähiger (z. B. ein entmündigter Geisteskranker in einem lichten Augenblick) als Erfüllungsdiener verwendet, so bleibt es bei der Regel des § 278. Maßgebend ist die Zurechnungs-, nicht die Geschäftsfähigkeit.

Das Ergebnis lautet also mit unsrer Terminologie ausgedrückt: es handelt sich bei der Haftung aus § 278 immer um notwendige Zurechnung fremden Verschuldens.

Auf einem ganz andern Blatt steht es, ob nicht der Schuldner, wenn auch im Einzelfall § 278 mangels eines Verschuldens des Erfüllungsmittlers nicht Platz greift, dennoch wegen culpa in eligendo haftet: Wer mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit einen fünfjährigen Knaben betraut, muß im allgemeinen, sofern nicht ganz einfache Handlungen in Frage stehen, für den durch diesen angerichteten Schaden eintreten. Aber nicht gemäß § 278, sondern deshalb, weil er bei der Auswahl des Erfüllungsdieners die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Er haftet also wegen eignen Verschuldens, so daß diese Möglichkeit für uns nicht in betracht kommt. — Aus demselben Grund gehört auch der von Wertheimer S. 38 erörterte Fall nicht hieher, daß der Mittler deshalb den Schaden angestiftet hat, weil der Schuldner es unterließ, ihn über eigenartige Umstände zu belehren, die eine besondre Behandlung bedingen. Denn hier ist offenbar culpa in instruendo des Schuldners gegeben.

2. Muß auch auf Seite des Verantwortlichen Zurechnungs- oder Geschäftsfähigkeit vorliegen? Da § 278 die Fälle regelt, in denen dem Schuldner ohne eignes Verschulden fremdes zugerechnet wird, ist klar, daß für seine Haftung seine Zurechnungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, schuldhaft unter Herbeiführung rechtlicher Folgen handeln zu können, ohne Bedeutung ist. Im Gegensatz zum Erfüllungsmittler kommt es bei ihm auf die Geschäftsfähigkeit an. Wir haben aber dabei die beiden Fälle des § 278 zu unterscheiden.

Ist der Schuldner eine gesetzlich vertretne Person, so wird er in vielen Fällen während der ganzen Tätigkeit des Schadenstifters geschäftsunfähig sein; jedenfalls ist es rechtlich vollkommen gleichgültig, ob er das ist oder nicht.

Anders beim Erfüllungsdiener. Dessen Handlungsmacht gründet sich auf den Willen des Schuldners, setzt also eine Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft voraus. Der Schuldner muß mithin zum

---

mann S. 201; Wertheimer S. 38; Redlich S. 56. Mit Zweifeln dafür Neumann S. 149. A. M. Scherer S. 1314 („der Beklagte haftet im Falle des § 278 selbst für Zufall"); Buchka S. 70; Asmis S. 61, weil das sowohl dem Zweck als dem Prinzip des § 278 widerspreche.

mindesten in dem Augenblick geschäftsfähig gewesen sein, wo er dem Andern die Handlungsmacht erteilte; denn sonst ist dieser nicht Erfüllungsdiener, so daß für § 278 kein Raum ist. Doch wär es unrichtig, dem Wegfall der Geschäftsfähigkeit des Schuldners *nach* der Zuziehung alle Bedeutung abzusprechen, wies allgemein in der Literatur geschieht, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befaßt.[1]) Denn das maßgebende Rechtsverhältnis ist immer entweder ein Auftrag oder ein auf eine Geschäftsbesorgung abzielender Werk- oder Dienstvertrag, auf den nach § 675 die entscheidende Bestimmung für den Auftrag — § 672 — entsprechende Anwendung findet. Nach dieser bleibt aber das Rechtsverhältnis dadurch, daß der Schuldner geschäftsunfähig wird, nicht schlechthin, sondern nur im Zweifel unberührt. Ergeben die Umstände, daß nach dem Parteiwillen im Einzelfall diese dispositive Vorschrift nicht Platz greifen soll, so endet die Eigenschaft des Erfüllungsdieners mit dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder, wenn die Voraussetzungen des zweiten Satzes vorliegen, mit dem Wegfall der durch Aufschub drohenden Gefahr. Mit diesem Augenblick hat dann der bisherige Erfüllungsdiener seine Handlungsmacht verloren; kehrt er sich nicht daran, so kann ein Verschulden, das ihm bei der Erfüllung zur Last fällt, dem Schuldner höchstens nach den für die Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelten Grundsätzen zugerechnet werden.

IV. Durch das Verschulden des Erfüllungsmittlers muß der Inhaber des persönlichen Anspruchs geschädigt worden sein, den § 278 voraussetzt (s. oben § 31), also der *Gläubiger*. Es ist das zwar im Gesetz nicht unmittelbar ausgesprochen, kommt aber deutlich genug dadurch zum Ausdruck, daß der Pflichtige als Schuldner bezeichnet wird; das notwendige Korrelat dazu ist der Gläubiger. § 278 begründet eine Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nur innerhalb von Schuldverhältnissen; darin liegt ja ein Hauptunterschied gegenüber der Zurechnung aus § 831 (s. unten § 16).

Verletzt sein muß gerade der Gläubiger, d. h. der, „dem gegenüber die von Schadenszufügung begleitete Handlung sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnis darstellt" (OLG. *Dresden*).[2]) Deshalb ist die Ansicht von *Schütz* (S. 35) unrichtig, daß der Schuldner nach § 278 auch dann haftbar gemacht werden könne, wenn während der Ausführung der Verbindlichkeit ein Gehilfe den andern in demselben Abhängigkeitsverhältnis stehenden Gehilfen schädige.[3]) Denn der Verletzte ist hier nicht *der* Gläubiger, dessen Interessensphären *die* Erfüllungshandlung angehörte, zu deren Bewirkung der Schuldner den Schadenstifter beizog; er ist also gegenüber *diesem*

[1]) *Cosack* S. 255; *Kisch* S. 105 Anm. 25; *Asmis* S. 60; *Wertheimer* S. 31.

[2]) Seuff. Arch. Bd. 58 (N. F. Bd. 3) S. 55.

[3]) Auf Grund des Art. 1384 c. c. hat der Appellationsgerichtshof von Toulouse tatsächlich so entschieden (*Jacques* S. 85); ebenso offenbar auch das schweizer Bundesgericht in dem von *Gysler* S. 74 angeführten Urteil.

Schuldverhältnis, auf das es allein ankommt, ein Fremder. Wenn Schütz seine Ansicht konsequent durchführte, käm er zu den unhaltbarsten Ergebnissen: er müßte z. B. eine Straßenbahngesellschaft nach § 278 dafür haften lassen, daß ihr Darlehensgläubiger oder Aktionär durch das Verschulden eines Motorwagenführers überfahren wurde; der Geschädigte ist ja auch Gläubiger gegenüber der Gesellschaft!

Die Voraussetzung, die sonach in der Person des Verletzten vorliegen muß, bringt es mit sich, daß die Verwendung eines Mittlers zur Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht nicht von § 278 getroffen wird. Denn gefordert und erzwungen werden kann sie nur von der Obrigkeit; diese ist also Gläubiger, wenn man den privatrechtlichen Begriff dabei überhaupt verwerten darf, keinesfalls der durch das Verschulden des Erfüllungsmittlers Geschädigte. Wenn ein Passant stürzt und sich schwer verletzt, weil der Hausmeister, dem der Hausherr die Verwaltung des Gebäudes und die Besorgung seiner Obliegenheiten übertragen hat, entgegen den polizeilichen Anordnungen unterließ, bei Glatteis Sand zu streuen, oder wenn jemand, spät des Abends einen Freund besuchend, in der Dunkelheit auf der steilen, nicht beleuchteten Stiege zu Fall kommt, ist der Hausherr dafür nicht nach § 278, sondern höchstens nach § 831 verantwortlich. — Ganz anders selbstverständlich, wenn im Einzelfall die öffentlichrechtliche Pflicht zugleich gegenüber einer bestimmten Person eine privatrechtliche war; wenn also nicht ein beliebiger Mensch, sondern gerade der Mieter, der eine Wohnung in dem betreffenden Haus inne hat, in dieser Weise beschädigt wird. Denn „der Vermieter ist dem Mieter gegenüber auf Grund des Mietvertrages verpflichtet, für Instandhaltung der Zugänge zum Grundstück zu sorgen" (Landgericht Dresden).[1]) Dabei sei aber hervorgehoben, daß der Vermieter in einem Schuldverhältnis „nur zu seinem Mieter selbst, nicht auch zu den die Mietwohnung teilenden Familienangehörigen desselben steht; denn läßt sich auch nicht bestreiten, daß der Hausvater beim Ermieten der Wohnung bewußt zugleich im Interesse der zu seinem Hausstande gehörigen Familienglieder handelt, soferne auch ihnen die Ausübung der vom Vermieter eingeräumten Vertragsrechte zum Vorteil gereicht, so verwirklicht er doch bei Begründung eines solchen Mietverhältnisses, soweit es eben auch den Seinigen zugute kommt, nur die Absicht, seiner Unterhaltspflicht gegen sie zu genügen und ihnen ein Unterkommen zu verschaffen, nicht aber die Absicht, ihnen auch ein selbständiges Vertragsrecht gegen den Vermieter zu verschaffen" (OLG. Dresden).[2])

[1]) Recht 1902 S. 100.
[2]) Seuff. Arch. Bd. 58 (N. F. Bd. 3) S. 55.

§ 4. b) Die Voraussetzungen in bezug auf die schädigende Handlung und ihr Verhältnis zur Erfüllung.

I. Daß die Rechtsverletzung, deren sich der Erfüllungsmittler schuldig machte, widerrechtlich erfolgt sein muß, daß also die Haftung des Schuldners durch alle Umstände ausgeschlossen wird, die die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen, ist in § 278 ausdrücklich nicht gesagt. Es wird nur von Verschulden gesprochen. Nun decken sich allerdings die Begriffe des Verschuldens und der Widerrechtlichkeit nicht. Ein Tun kann widerrechtlich und doch nicht schuldhaft sein (z. B. der Diebstahl eines Unzurechnungsfähigen); ebenso ist auch umgekehrt eine schuldhafte, aber nicht widerrechtliche Handlung möglich (z. B. der in Notwehr Befindliche hat den Angriff verschuldet). Aber es wird bestimmt, daß der Schuldner das Verschulden seines Erfüllungsmittlers nicht in weiterm Umfang zu vertreten habe, wie eignes Verschulden; er selbst ist aber für eine Handlung — auch eine schuldhafte Handlung — nicht verantwortlich, wenn ihr nach den allgemeinen Grundsätzen die Widerrechtlichkeit fehlt. Daraus folgt, daß wir diese auch für das zurechenbare Verhalten des Mittlers fordern müssen (vgl. Reichsgericht in Seuff. Arch. Bd. 45 (N. F. Bd. 15) S. 139 f. A. M. Isay S. 378).

II. Von welchem Zeitpunkt an die schuldhaft schädigende Handlung des Mittlers Wirkungen gegen den Schuldner äußert, ist bestritten. Nach der einen Ansicht genügt Schädigung auch bei einer bloßen Vorbereitungshandlung zur Erfüllung (Hauptfall ist der Abschluß eines Vertrages), nach der andern muß sie sich auf diese selbst beziehen. Um richtig zu gehen, haben wir die Haftung für den gesetzlichen Vertreter und die für den Erfüllungsdiener auseinanderzuhalten.

1. Für den zweiten gibt eine Interpretation des § 278 befriedigende Antwort: Schuldner ist jeder, der zu einem Andern in einem Verhältnis steht, demzufolge er sich dessen rechtlichem Wollen in gewissen Beziehungen unterwerfen muß; wo wir von einem Schuldner sprechen, ist also vorausgesetzt, daß bereits ein Schuldverhältnis vorhanden sei. Liegt noch keines vor, so findet mithin § 278 keine Anwendung. Folglich kann sich diese Bestimmung auf Verschulden des Erfüllungsdieners bei Abschluß eines Vertrages nicht beziehen. Man darf auch wohl auf die systematische Stellung des § 278 hinweisen, der seinen Platz mitten unter den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung und noch dazu unter der Rubrik „Verpflichtung zur Leistung" gefunden hat. Aus alldem ist zu entnehmen, daß der Schuldner nicht haftet für ein Verschulden, das dem Erfüllungsdiener bei der Vornahme einer Vorbereitungshandlung zur Last fällt.[1])

[1]) Ebenso das Reichsgericht: RG. Bd. 49 S. 29; Deutsche Jur.-Ztg. 1903 S. 549, 1904 S. 68 Anm. 1; Jur. Wochenschrift 1904 Beilage S. 6. Offenbar auch das OLG. Kiel, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 48. Ferner: Staudinger S. 40; Oertmann S. 38; Schollmeyer S. 104; Dernburg I

Etwas ganz andres ist es, wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit gerade Eingehung eines (neuen) Schuldverhältnisses ist, wenn sich z. B. jemand obligatorisch verpflichtet hat, sein Grundstück einem Andern zu verkaufen. Der, den er zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zuzieht, ist Erfüllungsdiener im Sinn des § 278, kann es jedenfalls sein. Aber nicht, weil sichs um die Eingehung eines neuen Schuldverhältnisses, sondern weil sichs um die Ausführung des bereits geschloßnen pactum de contrahendo handelt.

Der Begriff der Vorbereitungshandlung greift sehr weit. Er umfaßt alle Tätigkeiten, die um der Erfüllung willen geschehen, sie ermöglichen sollen, die sie aber nicht schon für sich ins Leben rufen. Es ist deshalb überflüssig, wie Nußbaum S. 67 es tut, die Handlungen auszuscheiden, „die nur eine Bedingung der Schuldserfüllung verwirklichen und nicht an der Realisierung des Enderfolges unmittelbar Anteil nehmen", z. B. die Tätigkeit des Rohstoffproduzenten, von dem der Fabrikant das Material zur Ausführung einer Bestellung bezieht. Auch das sind Vorbereitungshandlungen ohne besondre Eigentümlichkeit. Die Folgerungen, die Nußbaum aus seiner Unterscheidung für den Gesellschaftsvertrag zieht, können nicht anerkannt werden; denn es ist nicht einzusehen, warum ein Sozius seiner Verbindlichkeit gegenüber den andern Gesellschaftern, zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks mitzuwirken, „natürlich" nur allein, nicht auch unter Verwendung von Erfüllungsdienern soll genügen können.

Wie sich Vorbereitungs- und Erfüllungshandlung abgrenzen, kann nur für den einzelnen Fall entschieden werden; eine allgemeine Regel läßt sich darüber nicht aufstellen.

2. Für die Verantwortlichkeit des gesetzlich Vertretnen ist das Ergebnis im Hinblick auf § 164[1a] ein andres. Denn es ist zweifellos, daß unter den dort genannten Vertretern sowohl der gewillkürte (der Bevollmächtigte), als auch der gesetzliche zu verstehen ist. Mit Rücksicht darauf ergibt sich eine Erweiterung des § 278, soweit er vom gesetzlichen Vertreter spricht, auf den freilich an sich die soeben entwickelten Sätze gleichfalls Anwendung finden.[1]) Hat der gesetzliche Vertreter den

S. 146; Endemann S. 499 Anm. 9; Crome S. 117 unten; Kuhlenbeck S. 63; Fischer-Henle S. 155; Liszt S. 105; Kisch S. 105; Nußbaum S. 65; Hoffmann S. 106; Blau S. 21; Redlich S. 44 f.; Schütz S. 22, der freilich auf S. 75—79 das gerade Gegenteil sagt, indem er ausführt, daß der „präsumtive Schuldner", der sich infolge seines Geschäftsbetriebes in einer den Regeln des Verkehrs entsprechenden „Kontrahierungsbereitschaft" befinde und sich hierzu der Mitwirkung eines Gehilfen bediene, für dessen Verschulden nach § 278 verantwortlich sei: Die Kontrahierungsbereitschaft ist aber doch nie und nimmer eine Verbindlichkeit! — A. M. das Reichsoberhandelsgericht Bd. 6 S. 405; das Reichsgericht RG. Bd. 12 S. 112 und Bd. 43 S. 147 (= Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 169), wo es sehr kategorisch ohne Angabe eines Grundes heißt, daß der Ausdehnung auf die Mitwirkung von Gehilfen beim Vertragsabschluß „nichts im Wege stehe"; Cosack S. 255; Matthiaß S. 377 mit der erstaunlich äußerlichen Begründung, daß sich Vorbereitung der Erfüllung und Erfüllung selbst schwer scheiden ließen; Meisner S. 25; Asmis S. 3 und 58.

[1]) Gesetzestechnisch ist eine so verstreute Behandlung zusammengehöriger Dinge nicht zu rechtfertigen.

Gegenkontrahenten durch eine Willenserklärung schuldhaft geschädigt, so wirkt sie auch dann unmittelbar gegen den Vertretnen, wenn sie bei einer Vorbereitungshandlung abgegeben wurde. Damit ist aber nicht ausgesprochen, daß dieser schrankenlos für alles Verschulden verantwortlich ist, das dem Vertreter bei der Vornahme der Vorbereitungshandlung zur Last fällt; vielmehr muß sichs nach den klaren Worten des Gesetzes um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handeln. Der Vertretne haftet also für den Betrug oder den Firmenmißbrauch seines gesetzlichen Vertreters; dagegen kann er nicht in Anspruch genommen werden, wenn dieser mit der andern Partei bei den Unterhandlungen in Streit gerät und sich einer Körperverletzung schuldig macht. — Die herrschende Meinung behandelt den gesetzlichen Vertreter in dieser Hinsicht wie den Erfüllungsdiener.

III. Besonders wichtig und besonders umstritten ist die Frage, inwieweit *Kausalität* zwischen der Zuziehung des Erfüllungsmittlers und der schädigenden Tat gegeben sein muß: Ist Verschulden des Mittlers gerade *in Ausführung* der geschuldeten Leistung nötig, oder genügt solches *bei Gelegenheit dieser Ausführung*?

1. § 278 schweigt sich darüber völlig aus. Dieses Schweigen als Beweis für die erste Anschauung aufzufassen, ist zum mindesten sehr willkürlich. In dem verwandten Fall des § 831 (vgl. auch § 31, HGB. § 431 u. a.) hat der Gesetzgeber die Forderung, daß das Verschulden des Täters in *Ausführung* der ihm übertragnen Funktionen erfolgt sein müsse, ausdrücklich ausgesprochen; warum nicht auch in § 278, wenn er hier dieselbe Beschränkung gewollt hätte?

Aber nicht nur aus dem *Gegensatz zu ähnlichen Gesetzesbestimmungen* folgt die Richtigkeit der extensiven Auslegung, sondern auch aus der *Entstehungsgeschichte* des § 278, worauf zuerst *Rümelin* I S. 88 hingewiesen hat. Während § 224 des ersten Entwurfs den Schuldner nur „in Ansehung der Erfüllung" haften ließ, hat der zweite Entwurf und mit ihm das Gesetz diese einschränkenden Worte nicht aufgenommen und sich damit deutlich genug für die Ausdehnung der Zurechnung auf jeden aus Anlaß der Ausführung verursachten Schaden ausgesprochen. Um so deutlicher, als der 17. deutsche Juristentag 1884 den Antrag angenommen hatte: „In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Leuten *in Ausführung* der ihnen aufgetragenen Verrichtungen begangene Verschulden" (Verhandlungen Bd. II S. 137). Der Gesetzgeber *mußte* diesen mit Rücksicht auf das zu schaffende Gesetz ausgesprochnen Wunsch der Vertreter von Wissenschaft und Praxis kennen; hätt er ihn erfüllen wollen, so ist nicht einzusehen, warum er die Worte, die ihm entsprachen, zuletzt noch restlos gestrichen hat. — Man darf sich nicht darauf versteifen (wie *Wertheimer* S. 41 tut), daß die Materialien keinen Grund für diese Streichung angeben. Wer daraus folgern will, daß *deshalb* aus der Aenderung des Wortlauts nicht auf eine Aenderung des Inhalts geschlossen werden dürfe, müßte das doch erst be-

weisen; ihn trifft jedenfalls die Beweislast, da gewiß zugegeben werden muß, daß eine Aenderung des Gesetzestextes im Zweifel eine materielle Aenderung sein soll.

Nußbaums (S. 74 ff.) und Wüstendörfers (S. 4 f.) Einwände haben mich nicht überzeugt. Denn beide kommen nicht darüber weg, daß die sehr bedeutsamen Worte „in Ansehung der Erfüllung" gestrichen wurden. Unbegreiflich ist es mir, wenn Wüstendörfer sich auf die Motive beruft, die sich doch auf den Entwurf, nicht auf die endgültige Fassung des Gesetzes beziehen, oder wenn er gar anführt, daß der erste Entwurf eine seiner Anschauung entsprechende Formulierung geboten habe: maßgebend kann für die Auslegung nur das Gesetz sein, das die ausschlaggebenden Worte eben ausgeschlossen hat. Die von Nußbaum (S. 75 ff.) angeführten Analogieen halt ich für wertlos. Was vermag die gemeinrechtliche Gepflogenheit und die Tendenz der Bestimmungen früherer Gesetze [1]) gegenüber dem — wenn auch nur indirekt ausgesprochnen — Willen des bürgerlichen Gesetzbuchs zu beweisen? Daß dieses „sich bemühe, der bisherigen Gesetzgebung und Rechtsprechung grundsätzlich zu folgen" (S. 75), ist kaum ein Grundsatz und jedenfalls in sehr vielen Fällen unrichtig; daß es im einzelnen Fall zutrifft, müßt erst für den einzelnen Fall bewiesen werden. Wie Nußbaum zu dem Glauben kommt, er könne seine Ansicht stützen durch Hinweis auf Gesetzesbestimmungen mit der einschränkenden Tendenz, die er auch für § 278 verficht, versteh ich nicht: gerade aus dem Gegensatz zu diesen folgt die Hinfälligkeit seiner Behauptung! Auch Wüstendörfers weitrer Einwand, den Oertmann I S. 38 aufgenommen hat, kann nicht durchschlagen: § 278 steh unter den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, das „Verschulden" sei also so gemeint, daß es die Möglichkeit ordnungsmäßiger Leistung verhindre. Diese wird ja in völlig gleicher Weise unmöglich gemacht, ob nun die schuldhafte Schädigung bei Gelegenheit der Ausführung oder in Ausführung der Erfüllungshandlung erfolgte.

Man bedenke zudem: Die entgegengesetzte Ansicht führt, wie Nußbaum, ihr geistiger Vater, selbst anerkennt (S. 79; nur aus rein praktischen Erwägungen, aus Rücksicht auf die Billigkeit befürwortet er eine Einschränkung dieser theoretisch zwingenden Folgerung), und wies auch Conradi S. 6 f., Mathis S. 58 und (mit einer geringfügigen Ausnahme) Wertheimer S. 50 [2]) aussprechen [3]), zum Ausschluß der Haftung für Vorsatz des Erfüllungsmittlers. Denn indem er den Dolus faßt, beschließt er ja gerade, die Ausführung der Erfüllungshandlung in der Art, wie sie ihm aufgetragen ist, aufzugeben und gegen den Willen des Schuldners tätig zu werden, etwas andres

[1]) Vgl. übrigens dazu Hoffmann S. 192 ff., der diese Analogieen nicht anerkennt. Für uns besteht kein Anlaß näher darauf einzugehen.

[2]) Für § 278 will ers allerdings nicht anerkennen, obwohl er doch behauptet, daß auch hier nur für den in Ausführung der Verrichtung gestifteten Schaden gehaftet werde — eine unverständliche Inkonsequenz.

[3]) Offenbar auch Staub S. 232 und Mittelstein S. 145; vgl. auch Merkel I S. 196, Pfeiffer S. 36, Mayer S. 135.

zu wollen als der; wie kann er sich da noch in Ausführung der Erfüllung befinden? Und wenn wirklich diese Voraussetzung für den Begriff des Mittlers notwendig ist, hat er folglich seine Eigenschaft als solcher verloren. — Der zweite Satz des § 278 bestimmt aber, die Verantwortlichkeit für *Vorsatz* des Erfüllungsmittlers könn im voraus ausgeschlossen werden, rechnet also mit der Möglichkeit, daß für Vorsatz gehaftet wird; daraus geht klar hervor, daß das Gesetz die Zurechnung von Dolus des Mittlers kennt, ja sogar für das Normale hält. Es hat somit jene unabweisliche Konsequenz der einschränkenden Auslegung und damit diese selbst abgelehnt.

Schließlich sei noch auf § 549[2] verwiesen, der zwar insofern eine Ausnahme des § 278 enthält, als er den Kreis der Erfüllungsdiener eines Mieters gegenüber dem Regelfall enger zieht, der aber im übrigen unbestreitbar ein Anwendungsfall des Prinzipes ist. Da an dieser Stelle jene Ausnahme nicht in betracht kommt, dürfen wir ihn sehr wohl verwerten. Er ist, soweit er uns hier interessiert, eine für den Mietvertrag noch eigens gezogne Folgerung des § 278; sollte sich ergeben, daß er für unsre Ansicht spricht, so wär also ein neuer Zeuge ihrer Richtigkeit gewonnen. Erfüllungsdiener ist in diesem speziellen Fall der, dem der Mieter den Gebrauch der Mietsache überlassen hat; Erfüllungshandlung ist deren Gebrauch. Nun bestimmt das Gesetz, der Mieter hab ein dem Gebrauchszessionar *bei* dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Man frage das Sprachgefühl. Wenn jemand sagt, er hätte *beim* Baden seine Uhr verloren, meint er damit selbstverständlich nicht, daß dies geschehen sei, während er sich im Wasser befunden habe; er bezeichnet vielmehr als Zeit des Verlustes die von dem Augenblick an, wo er das Bad betrat, bis zu dem, wo ers verließ. *Beim* Baden heißt also nicht: in Ausführung der Zweckhandlung (des Badens), sondern: bei Gelegenheit dieser Ausführung. Folglich ist „*beim* Gebrauche" gleichbedeutend mit „*gelegentlich* des Gebrauches". Hätte der Gesetzgeber die andre Möglichkeit anerkennen wollen, so hätt er gesagt: *durch* den Gebrauch. — Zusammen mit den oben angeführten Gründen zeigt diese grammatikalische Interpretation deutlich genug, daß unsre Auslegung die richtige ist.

2. Freilich wird sie von der überwiegend herrschenden Meinung unbedingt verworfen.[1]) Man macht namentlich geltend, daß sie zu

[1]) Abgesehen von Nußbaum und Wüstendörfer: Oertmann I S. 38; Schollmeyer S. 104; Rehbein S. 107; Fischer-Henle S. 155; Dernburg I S. 145, 146; Cosack S. 255; Staub S. 232; Mittelstein S. 145; Brückner S. 339; Asmis S. 62; Schütz S. 22, 31; Blau S. 24 ff.; Redlich S. 51 ff. Enneccerus I S. 479, Isay S. 405 und Wertheimer S. 40 ff. kommen zu demselben Ergebnis von ihren später zurückzuweisenden Theorieen aus. Wenn Cosack S. 255 Anm. 25 die Entscheidung des Reichsgerichts RG. Bd. 49 S. 27 für seine Anschauung in Anspruch nehmen will, so ist das ganz unbegründet; denn dort ist weiter nichts gesagt, als daß ein Notar für Versehen seines Bureauvorstehers nur dann nach § 278 verantwortlich ist, wenn zwischen dem Dritten und dem Notar auch wirklich ein Dienst-

Entscheidungen führe, die mit dem Rechtsgefühl unvereinbar seien. Nun ist gewiß anzuerkennen, daß die hier vertretne Anschauung sehr bedenklich wäre, wenn wirklich all die unerquicklichen Konsequenzen aus ihr gezogen werden müßten, die man ihr anzuhängen pflegt, und daß man mit Rücksicht darauf leicht geneigt sein könnte, sich für die Gegenansicht trotz ihrer schlechten theoretischen Grundlage zu entscheiden; gerade solchen praktischen Erwägungen scheint diese auch hauptsächlich ihre Anhänger zu verdanken. Allerdings hat sich eine sonst sehr beachtenswerte Stimme erhoben, die jene von Andern so stark — und mit Recht — angefochtnen angeblichen Folgerungen unsrer Auffassung verteidigt und als dem Bedürfnis des Lebens entsprechend bezeichnet. Es ist Liszt,[1]) der ausführt (S. 104 Anm. 6), „wenn ich mit einem Handwerker einen Vertrag über eine in meiner Wohnung vorzunehmende Arbeit schlösse, müsse ich diesem und seinem Hilfspersonal meine Räume öffnen; er müsse daher dafür aufkommen, daß er mir nur ehrliche Leute schicke." Allein Liszt stellt sich dabei einseitig auf den Standpunkt des Privaten und vergißt, daß auch der Geschäftsmann Gerechtigkeit möchte. Dem mutet er aber eine Allwissenheit zu, die man vernünftigerweise nicht von ihm verlangen kann.

Beispiele, aus denen sich die Unhaltbarkeit der Lisztschen Meinung schlagend ergibt, lassen sich leicht bilden. Aus der Literatur seien zwei hervorgehoben, die beständig, von einem Schriftsteller auf den andern sich vererbend, als Popanz gegen eine irgendwie beträchtliche Ausdehnung der Haftung zur Schau gestellt werden, und von denen sich namentlich das erste einer unverkennbaren Beliebtheit erfreut (als letzter hat es wieder Rönnberg verwertet). Beide Fälle sind der französischen Praxis entnommen. Diese ließ einen Gutsherrn, der sich erboten hatte, mit seinem Wagen ein Mädchen von der Bahn abholen zu lassen, für den tort moral haften, der dem Mädchen daraus entstand, daß der Kutscher es unterwegs vergewaltigte. Ebenso wurde der Dienstherr für den Diebstahl verantwortlich gemacht, den sein Dienstmädchen in einem fremden Haus verübte, in das er sie zur Ausrichtung einer Bestellung geschickt hatte (anzunehmen ist, daß eine Verbindlichkeit zu deren Besorgung für ihn bestand). Daß die erste Entscheidung und ohne weitre Tatsachen auch die zweite dem deutschen Rechtsbewußtsein widerspricht, wird selbst Liszt nicht bestreiten wollen.

Wie gesagt, würd ich das oben gewonnene theoretische Ergebnis für sehr bedenklich halten, wenn es derart unbefriedigende Lösungen praktischer Fälle wirklich bedingte und sich so als innerlich ungesund erwiese. Daß es aber zu den Konsequenzen, die man ihm nachsagt, in Wahrheit nicht führt, soll im Folgenden bewiesen werden.

---

vertrag zu Stande kam. — Ebenso wie im Text Matthiaß S. 377; Rümelin I S. 88; Liszt S. 103 Anm. 6; Kuhlenbeck S. 62; Bendix S. 286; Pfeiffer S. 58; offenbar auch Endemann S. 501 Anm. 17. De lege ferenda aus allgemeinen Gründen dafür Mataja S. 82 f.; von seiner Theorie aus Hoffmann S. 169 ff.

[1]) Isay S. 405 erklärt seinen Gedankengang für „berechtigt".

Man hat diesen Beweis aus § 278 selbst zu führen gesucht (Rönnberg S. 350, ähnlich offenbar Rehbein S. 107 oben), indem man geltend machte, der Schuldner habe das fremde Verschulden nicht in weiterm Umfang zu vertreten wie eignes, und behauptete, in betracht komme dabei nur seine eigne Haftung aus dem Obligationsverhältnis; aus dem Werkvertrage könn aber der Fuhrherr, um das angeführte Beispiel beizubehalten, für eine von ihm an einem weiblichen Fahrgast begangne Notzucht nicht haftbar gemacht werden. Das letzte ist gewiß. Aber mit welchem Recht darf angenommen werden, daß unter dem „eigenen Verschulden" nur schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht zu verstehen sei? Das Gesetz spricht von Verschulden schlechthin. Maßgebend ist, ob der Schuldner verantwortlich wäre, wenn er selbst, nicht sein Erfüllungsmittler die schädigende Handlung vorgenommen hätte. Das wär aber unzweifelhaft der Fall, wenn er das Mädchen gefahren und bei dieser Gelegenheit vergewaltigt hätte; allerdings nicht aus dem Werkvertrag, wohl aber ex delicto. Folglich müßte man ihn doch für das Verbrechen des Kutschers haften lassen.

Die Grenzen liegen anderswo. Sie sind nicht der Zurechnung fremden Verschuldens eigentümlich, sondern ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften:[1]) aus dem Erfordernis des Kausalzusammenhanges. Ursache des entstandnen Schadens dürfen nur die Tatsache der Zuziehung des Erfüllungsmittlers und sein Verschulden sein; sobald in der Kausalitätskette ein drittes Glied erscheint — insbesondre das eigne Verschulden des Gläubigers —, ist der nötige Zusammenhang wenn nicht unterbrochen, so doch gestört. Darin liegt aber für die praktisch wichtigsten Fälle eine Beschränkung der Haftung auf ein für das Leben sehr wohl erträgliches Maß. Zugleich ist daraus zu ersehen, wie falsch das von Liszt angeführte Beispiel ist: Wenn ich einen fremden Handwerker in meine Räume zur Vornahme einer Reparatur einlasse, fordert die vernünftige Verkehrsanschauung von mir, daß ich ihn überwache und nicht aus den Augen lasse, falls für ihn nach den Umständen die Versuchung nahe liegt, eine mich schädigende Handlung, insbesondre einen Diebstahl, zu begehen; tu ich das nicht, so hab ich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, es fällt mir mithin nach § 276 Fahrlässigkeit zur Last. Erlitt ich durch den Handwerker einen Schaden, den Beaufsichtigung hätt abwenden können, so ist dessen Ursache mindestens ebenso sehr dieses mein Verschulden als die Zuziehung des Erfüllungsmittlers. Auf die im Strafrecht hoffnungslos bestrittne Frage, inwieweit eine Unterlassung (um eine solche wird sichs fast immer handeln) kausal sein kann, brauchen wir dabei für das bürgerliche Gesetzbuch nicht einzugehen, nachdem nicht zu bezweifeln

[1]) Das sei namentlich auch gegenüber Rümelin I S. 88 unten und Hoffmann S. 172 ff. betont, die gleichfalls aus § 278 selbst die Grenzen seiner Anwendungsmöglichkeit entnehmen zu können glauben. Ihre Argumentation muß um so entschiedner zurückgewiesen werden, als sie sich nur auf die Folgerungen des Prinzips versteifen, das nach ihrer irrigen Ansicht dem § 278 zu Grunde liegen soll (s. unten § 7 II 1).

ist, daß sich Nichtbeobachtung der gebotnen Sorgfalt als Verschulden darstellt, und daß für alle Rechtsverhältnisse bei Konkurrenz des Verschuldens § 254 zur Anwendung kommt. Danach wird man aber gewiß sagen können, daß in unserm Fall der Gläubiger den Schaden durch überwiegendes Verschulden verursacht hat,[1]) und wird demgemäß die Schadensersatzpflicht des Schuldners auf ein ganz geringes Maß beschränken, möglicherweise völlig verneinen.

Allein man muß noch weiter gehen: nicht nur das Eigenverschulden des Gläubigers, sondern jeder Vorgang, der „nur infolge außergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde" (Enneccerus I S. 406), bricht oder schwächt nach den allgemeinen Grundsätzen den Kausalzusammenhang, der den Schaden zurechenbar macht.[2]) Das Reichsgericht hat erst jüngst wieder für den Fall einer Körperverletzung entschieden[3]), „daß der ursächliche Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten und dem eingetretenen Schaden zu verneinen sei, wenn der Eintritt von Fremdkörpern, der die schweren Folgen einer an sich ganz geringfügigen Wunde verursacht hatte, durch ein besonderes außerhalb des natürlichen Verlaufes der Dinge liegendes Ereignis herbeigeführt worden wäre, indem dann dieses Ereignis als die eigentliche Ursache des schädlichen Erfolges zu gelten hätte".[4]) Von diesem Standpunkt aus ist die Haftung des Schuldners in den beiden oben mitgeteilten Beispielen jedenfalls für die Notzucht des Kutschers, im allgemeinen auch für den Diebstahl des Dienstmädchens abzulehnen.

So führt denn auch die Anschauung, daß Verschulden des Mittlers bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung genüge, um die Ersatzpflicht des Schuldners zu begründen, zu praktisch sehr wohl verwertbaren Resultaten und läßt sich nicht durch einen vornehmen Hinweis auf ihre angeblich ungeheuerlichen Folgerungen abfertigen. Gewiß ergibt sich für den, der sie annimmt, eine bedeutende Abweichung der Zurechnung aus § 278, also der Zurechnung innerhalb bestehender Schuldverhältnisse, verglichen mit der aus § 831 (s. unten § 16). Doch kann nicht zugegeben werden, daß dieser „unvermeidliche Widerspruch" (Oertmann I S. 38), auf den als erster Rümelin I S. 89 hinwies, gegen uns zeuge. Der Gesetzgeber hat die beiden Zurechnungsfälle bewußt in ihrem Grundgedanken und in Einzelheiten völlig verschieden geregelt

---

[1]) Ueber diese Auslegung der Worte „vorwiegend verursacht", worauf hier nicht näher eingegangen werden kann, s. insbesondre Labowsky: Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Erl. 1898. S. 43 f.

[2]) Zu weit geht es aber, generelle Voraussehbarkeit des Erfolges zu verlangen. Dafür hat sich ausgesprochen RG. Bd. 38 S. 305 (für das preußische Recht): „Die Zurechnung der schädlichen Folgen einer Handlung oder Unterlassung ist in der Regel bedingt durch die Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolges"; vgl. auch RG. Bd. 10 S. 289. Wir können natürlich diese Probleme nur streifen.

[3]) Jur. Wochenschrift 1903 Beilage S. 114.

[4]) Ebenso in ausführlicher Darlegung Merkel I S. 205 ff. Ein nähres Eingehen auf die schwierige Kausalitätsfrage müssen wir uns versagen, weil dadurch der Rahmen unsrer Darstellung gesprengt würde.

(s. unten § 16);[1]) er wollte die Abweichung, wollte den Widerspruch. Zwei verschiedne Begriffe sind aber verschieden, auch wenn sie einen gemeinsamen Oberbegriff haben; man darf also nicht folgern, eine Eigenschaft, die dem einen Begriff abgeht, müsse auch dem andern fehlen. Sonst käme man dazu, die Fortpflanzungsfähigkeit des Pferds wegzuargumentieren, weil durch deren Vorhandensein ein „unvermeidlicher Widerspruch" zwischen Pferd und Maulesel entsteht!

Freilich bleibt immer noch insofern eine seltsame Anomalie bestehen, als die physische Person für ihren gesetzlichen Vertreter, wenn unsre Ansicht richtig ist, schlechthin einzustehen hat, die Körperschaft aber nach § 31 für ihre verfassungsmäßig berufnen Vertreter nur dann, wenn diese in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen gehandelt haben. Es ist möglich, daß sich die Praxis mit Rücksicht darauf für die entgegengesetzte Meinung entscheiden wird, die ja zudem die herrschende ist. Bisher hatten die Obergerichte noch keine Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern; zu beachten ist aber, daß das Reichsgericht[2]) für den sehr ähnlichen Art. 427[2] des alten Handelsgesetzbuchs die erforderliche „Beziehung zwischen der Anstellung und der frevelhaften Handlung" (der bösliche Handlungsweise) außerordentlich weit gefaßt und geradezu den Satz aufgestellt hat, im Zweifel sei fast immer eine solche anzunehmen, wenn sich auch keine eigentliche Präsumtion dafür aufstellen lasse. Jedenfalls darf nicht übersehen werden, daß die gegenteilige Ansicht für viele Fälle unangenehm engherzig ist, und daß bei ihr nicht selten zutrifft, was sie uns unterschieben möchte: sie kann zu höchst unerquicklichen Konsequenzen führen und dem über das Schulddogma so weit hinausgehenden Prinzip des § 278 die praktische Bedeutung in beängstigender Weise rauben. Auch ist zu bedenken, daß wir die Gesetze auszulegen, nicht zu verbessern haben.

§ 5. 2. Der Umfang der Zurechnung.

I. Wie weit der Schuldner unter den untersuchten Voraussetzungen für das Verschulden seines Erfüllungsmittlers haftet, spricht § 278 selbst aus: er hat es „in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". Das kann nur heißen, daß vom Mittler nicht mehr und nicht weniger zu fordern ist, als der Schuldner selbst zu leisten hat. Soweit sichs um die Beobachtung eines gewissen Grades von Sorgfalt handelt, ist mithin maßgebend die Sorgfalt des Schuldners, nicht die des Erfüllungsmittlers; denn sonst würde ja dem Schuldner das fremde Verschulden nicht in dem Umfang zugerechnet werden, in dem er sein eignes zu vertreten hat, sondern in dem Umfang, in dem der Mittler für sein (des Mittlers) Verschulden verant-

[1]) Das scheint Oertmann zu übersehen, wenn er sagt, „die gegenteilige [d. h. unsre] Auslegung würde mit einer Beschränkung der Haftung allein dem Gegenkontrahenten gegenüber kaum verträglich sein". Warum sind denn die zahlreichen andern Abweichungen, die niemand bestreiten kann, damit verträglich?

[2]) RG. Bd. 7 S. 128.

wortlich ist. Wir müssen also immer fragen: hätte das vom Erfüllungsmittler aufgewendete Maß von Sorgfalt genügt, den Schuldner zu befreien, wenn dieser selbst die Erfüllungshandlung vorgenommen hätte? Endemann S. 498 Anm. 5 (den Schütz S. 40 wohl nicht richtig verstanden hat) bestreitet das; er meint in recht unklarer Weise, ohne einen Beweis zu führen, die Worte „wie eigenes Verschulden" sollten „nicht etwa eine Fiktion aufstellen". Er scheint damit ausdrücken zu wollen, daß man auf sie überhaupt keinen Wert legen dürfe. Irgend etwas müssen sie aber doch sagen; und warum hat sie denn die zweite Kommission erst eigens eingefügt?[1]) Endemann verlangt die rein objektive Feststellung der Voraussetzungen, die im gegebnen Falle für sorgfältige vertragsmäßige Leistung vorliegen müßten; wenn diese nicht gemacht sei, komm es dem Gläubiger gegenüber nicht darauf an, ob die Sorgfalt unmittelbar vom Schuldner oder von seinem Gehülfen verletzt worden sei. Er übersieht aber, daß § 278 im Gegenteil gerade die subjektive Seite betont.

Dieser Unterschied in der Auslegung hat besonders in zwei Fällen praktische Bedeutung. Da nach unsrer Auffassung stets die Sorgfalt des Schuldners, nicht die des Erfüllungsmittlers entscheidet, kann der Schuldner in den Rechtsverhältnissen, wo er nur für diligentia quam suis haftet, (also in den Fällen der gemeinrechtlichen culpa in concreto) bloß dafür verantwortlich gemacht werden, daß sein Mittler dieselbe Sorgfalt anwendet, die er, der Schuldner, in eignen Angelegenheiten zu beobachten pflegt; keine geringre, aber auch keine größre. Warum sollte der Gläubiger, dems nur auf die Erfüllung als solche ankommt, günstiger gestellt sein, wenn der für gewöhnlich kleinlich gewissenhafte Mittler erfüllt, als wenn der Schuldner selbst die Handlung vornimmt, ein verständiger Mann, dem die übertriebne Aengstlichkeit des Pedanten ebenso fremd ist wie die Unbesonnenheit des Leichtsinnigen? Sonst würde ja dem Zweck, dem zuliebe der Gesetzgeber bei den wenigen in betracht kommenden Schuldverhältnissen die Haftung so sehr beschränkt, ins Gesicht geschlagen werden. Das ist denn auch die herrschende Meinung.[2]) — In gleicher Weise kann man eine Verantwortlichkeit dessen, der bloß wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit haftet, für seinen Erfüllungsmittler nur dann anerkennen, wenn dieser vorsätzlich oder grob fahrlässig, nicht schon dann, wenn er leicht fahrlässig Schaden angerichtet hat.

Zu weit geht auf der andern Seite Nußbaum S. 88 ff. (im

---

[1]) Aber auch wenn man sie mit Endemann für gleichbedeutend mit einem kraftlosen „ebenso" hält (so auch Nußbaum S. 89, Schütz S. 37), folgt daraus noch lange nicht, daß die Ausführungen Endemanns richtig sind.

[2]) Planck S. 51; Staudinger S. 41; Schollmeyer S. 105; Fischer-Henle S. 156; Dernburg I S. 147 Anm. 7; Matthiaß S. 377; Crome S. 119; Staub S. 231; Kisch S. 105; Otto S. 678; Hoffmann S. 209 f.; Asmis S. 59; Wüstendörfer S. 11; Wertheimer S. 39; Blau S. 27 f.; Redlich S. 58. A.M. (maßgebend sei die Sorgfalt des Erfüllungsmittlers) Isay S. 379; Rehbein S. 109 richtig für den Erfüllungsdiener, unrichtig S. 106 für den gesetzlichen Vertreter.

Anschluß an ihn Schütz S. 39; zweifelnd, aber offenbar mehr für Nußbaum Oertmann I S. 39). Er schließt überall da, wo der Schuldner nur culpa in concreto oder nur dolus und culpa lata zu vertreten hat, die Haftung für Verschulden des Erfüllungsmittlers ganz aus. Dabei beruft er sich auf die berüchtigte „Natur der Sache", auf Folgerungen aus dem Prinzip, auf dem nach seiner höchst subjektiven Ansicht § 278 beruhen soll, und auf vage Billigkeitserwägungen, d. h. er weiß keinen einzigen irgendwie stichhaltigen Grund anzuführen. Dernburg I S. 147 (im Anschluß an ihn Redlich S. 59) stimmt ihm zu, soweit sichs um Schuldverhältnisse handelt, bei denen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird,[1]) wagts aber nicht, ihm auch hinsichtlich der Verantwortlichkeit für culpa in concreto beizupflichten; denn er übersieht nicht (anders Nußbaum!), daß in § 691 mit § 690 ausdrücklich bestimmt ist, § 278 solle auf den Verwahrungsvertrag auch dann Anwendung finden, wenn die Verwahrung unentgeltlich übernommen ist, wenn der Schuldner also nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Mit welchem Recht darf aber zwischen diesen beiden hierin so nah verwandten Fällen ein Unterschied gemacht werden?

II. Für die Art und die Modalitäten der Zurechnung gelten die gewöhnlichen Bestimmungen über den Schadensersatz. Der Schuldner ist also im allgemeinen zunächst nur verpflichtet, den Schaden zu beseitigen, und braucht nicht Gelderſatz zu leisten, wenn nicht die Person des Gläubigers verletzt oder eine seiner Sachen beschädigt wurde (§ 249). Sein Recht, Beschränkung des klägerischen Anspruchs auf Herstellung zu verlangen, verliert er aber durch Säumnis (§ 250); andrerseits kann er unter Umständen sofort Gelderſatz anbieten (§ 251[2]) und muß das möglicherweise tun (§ 251[1]). Zu ersetzen ist auch der entgangne Gewinn (§ 252), regelmäßig aber bloß der Vermögensschaden (§ 253). Ganz besonders wichtig ist die Vorschrift des § 255, wonach der Schuldner zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Gläubiger allenfalls gegen den Erfüllungsmittler wegen dessen Verschuldens zustehen.

Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß für den Geschädigten ein Anspruch auch gegen diesen, nicht bloß gegen den Schuldner begründet wurde, wobei dann beide als Gesamtschuldner nach § 421 haften, da jeder die Leistung ganz zu bewirken verpflichtet ist, die Forderung des Gläubigers aber erlischt, wenn einer geleistet hat. Das ist immer dann, aber auch nur dann der Fall, wenn sich die Handlung des Mittlers als Delikt darstellt, also einen der in den §§ 823 bis 826 aufgeführten Tatbestände verwirklicht. Wohl kann ihm auch rechtsgeschäftliches Ver-

[1]) Doch scheint er das nur mit bezug auf die Haftung für den Erfüllungsdiener zu tun, während er offenbar andrer Ansicht ist für den gesetzlichen Vertreter (S. 145), wobei er jedoch die zu beobachtende Sorgfalt an dessen Person mißt: Jedenfalls ist kein Grund einzusehen, warum der gesetzliche Vertreter und der Erfüllungsdiener hier verschieden behandelt werden sollen.

schulden zur Last fallen — z. B. wenn er entgegen einem Verbot seines Auftraggebers die Erfüllung einem Andern übertrug —, das der Schuldner nach § 278 zu vertreten hat; aber verantwortlich dafür ist der Mittler nur dem Pflichtigen, der ein Rückgriffsrecht gegen ihn hat, dagegen keinem, der außerhalb des für ihn maßgebenden Vertragsverhältnisses steht, also auch nicht dem Geschädigten.

War die Handlung des Mittlers unerlaubt im Sinn der §§ 823 ff., so erweitert sich die Haftung des Schuldners beträchtlich. Er muß dann nach § 842 auch *den* Schaden ersetzen, der für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten entstand; wenn sichs um eine Körperverletzung oder Tötung handelt, treffen ihn außerdem noch die in den §§ 843 bis 845 bestimmten Pflichten. Denn er hat das fremde Verschulden „in dem gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes"; maßgebend ist also immer, wie wir gesehen haben, ob und inwieweit er haften würde, wenn nicht sein Erfüllungsmittler, sondern er selbst tätig geworden wäre. Hätt aber *er* das Delikt begangen, so wär er in der bezeichneten Weise verantwortlich; folglich auch dann, wenn es sich sein Erfüllungsmittler hat zu schulden kommen lassen.[1])

§ 6. 3. Der Ausschluß der Zurechnung.

I. Der, dessen Interessen die Vorschrift des § 278 dient, und der allein aus ihr Vorteil zieht, ist der Gläubiger; als außerordentliche Rechtswohltat wird ihm ein besonders weit gehender Schutz gegen jede schuldhafte Schädigung gewährt, die er in Verbindung mit der Erfüllung erleidet, mag diese der Schuldner selbst vornehmen oder durch Andre vornehmen lassen. Nun hat aber das Gesetz keinen Anlaß, die Interessen des Gläubigers besser zu wahren, als dieser selbst es tut; die Rechtswohltat wird ihm nicht aufgedrängt. Wenn er den Schuldner aus der Haftung für Erfüllungsmittler entlassen will, steht dem nichts im Wege. So erklärt sich der *zweite Satz des* § 278.

Endemann S. 503 Anm. 22 behauptet, dieser gelte nicht für die Zurechnung des Verschuldens eines *gesetzlichen Vertreters*; denn ein nicht Geschäftsfähiger könne durch Vertrag mit dem Dritten seine Haftung nicht einschränken. Allein das ist unrichtig. Welche Bestimmung sollte zunächst dem Vormund verbieten, mit dem Gläubiger zu vereinbaren, daß der Mündel für den Dolus des Vormunds nicht haften solle? Freilich wird das in Wirklichkeit nie vorkommen. Der Mündel darf jedoch nach § 113 auch ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eine entsprechende Willenserklärung abgeben, da nicht zu bezweifeln ist, daß sie ihm einen rechtlichen Vorteil bringt; verbessert sie doch seine Rechtslage in ganz hervorragender Weise! Wenn sichs aber um eine geschäftsunfähige Person handelt, kann den Bedenken der Aengstlichen, die den gesetzlichen Vertreter in diesen Fällen

[1]) Ebenso im Ergebnis, aber unrichtig in der Begründung *Nußbaum* S. 86.

vielleicht doch für ausgeschlossen halten, dadurch Rechnung getragen werden, daß das Vormundschaftsgericht nach § 1909 einen Pfleger bestellt, der für den Mündel den Vertrag schließt.

Daß durch vorherigen Vertrag[1]) die Zurechnung der Fahrlässigkeit eines Erfüllungsmittlers ausgeschlossen werden kann, versteht sich von selbst, nachdem dessen Verschulden vom Schuldner nur in demselben Umfang zu vertreten ist wie eignes und ihm selbst die Haftung dafür im voraus erlassen werden kann. Dagegen ists eine Besonderheit der Zurechnung fremden Verschuldens gegenüber der des eignen, daß nach ausdrücklicher Vorschrift dasselbe für den Vorsatz des Mittlers gilt. Dazu ist nicht etwa eine ausdrückliche Vereinbarung nötig, sondern ein derartiger Wille der Parteien kann aus dem Vertrag als solchen hervorgehen. So wird das immer der Fall sein, wenn der Schuldner vertragsmäßig verpflichtet ist, die Erfüllung durch eine bestimmte Person vornehmen zu lassen; denn damit ist ausgesprochen, daß der Schuldner nichts weiter tun soll als diese zur Vornahme der Handlung veranlassen: erklärt sie sich bereit, so ist sie Substitut, nicht Erfüllungsdiener, so daß § 278 keine Anwendung findet; kann aber die Erfüllung durch sie nicht stattfinden, so kommen die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung zur Anwendung. — Wie jeder Vertrag kann auch dieser stillschweigend geschlossen werden. Nur für den Herbergsvertrag ist eine geringfügige Abweichung insofern vorgeschrieben, als § 701[3] bestimmt, daß hier die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsmittlers jedenfalls nicht durch einen bloßen Anschlag ausgeschlossen werden kann;[2]) also auch dann nicht, wenn der Gast im einzelnen Fall den Anschlag gelesen und nichts gegen ihn einzuwenden hat, so daß an sich ein stillschweigender Vertrag zu Stand gekommen wäre.

Endemann (S. 500 Anm. 12) brandmarkt den Schlußsatz des § 278 als schwächliche Nachgiebigkeit gegenüber den Romanisten, als Rückfall in römische Denkweise. Ich erblicke darin im Gegenteil einen sehr nützlichen, geradezu notwendigen Regulator der Härten, die eine unbeugsame Anwendung des in § 278 ausgesprochnen Prinzipes mit sich brächte. Wir haben oben gesehen, daß der Schuldner bei einem Gefälligkeitsgeschäft für den Vorsatz eines Erfüllungsmittlers verantwortlich ist; durch den zweiten Satz ist ihm das Mittel gegeben, sich dieser manchmal vielleicht unbilligen Haftung zu entziehen. Wenn ich einem Freund ein Geschenk, das ich ihm gemacht habe, und das er bereits angenommen hat, durch einen Dienstmann bringen lassen will, warum sollt ich dem Schenkungsvertrage nicht die Bedingung beifügen dürfen, daß ich für ein Verschulden des Dienstmanns nicht aufkommen würde? Auch sonst sind Fälle denkbar, wo der Ausschluß der Zurechnung des fremden Verschuldens sehr zweckmäßig und gerecht ist.

---

[1]) Nur von einem solchen reden wir. Ganz anders ist ein Vertrag zu beurteilen, durch den die Haftung erlassen wird, nachdem der vom Mittler verschuldete Schaden schon eingetreten ist; hier handelt sichs um einen Verzicht auf einen bereits begründeten Anspruch, der in allen Rechtsverhältnissen zulässig ist.

[2]) Vgl. dazu RG. Bd. 13 S. 76 f.

Und schließlich muß man sich immer vorhalten, daß — wie schon gesagt — kein Grund einzusehen ist, warum der Gesetzgeber strenger sein soll als der Gläubiger.

II. Freilich können sich Bedenken ergeben, ob nicht die im Schlußsatz gewährte Möglichkeit zu einer Vergewaltigung des Gläubigers durch den Schuldner führen kann, der ja heutzutag in vielen Verhältnissen wirtschaftlich unvergleichbar stärker ist, und ob nicht die Gefahr besteht, daß von dieser Stelle aus das Prinzip des ersten Satzes in der Praxis aus den Angeln gehoben wird. Doch ist das nicht zu befürchten; das Gesetz selbst hat in den Bestimmungen des allgemeinen Teils genügend vorgesorgt. Die in betracht kommende Vorschrift enthält § 138, wonach Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind. Von Bedeutung sind davon für unsern Fall insbesondre die wucherischen Geschäfte, unter denen wieder die hervorragen, die sich als Ausnützung der Notlage eines Andern darstellen. Weil eine solche vorläge,[1]) wär es deshalb unter allen Umständen ohne Einfluß auf die Haftung einer Eisenbahnverwaltung für das Verschulden ihrer Angestellten gegenüber den Passagieren oder dem Frachtgut, wenn diese Haftung etwa in den allgemeinen Bedingungen, nach denen der Transportvertrag geschlossen wird, abgelehnt würde; ohne Einfluß selbst dann, wenn die Vorschrift im Handelsgesetzbuch § 471 nicht getroffen wäre.[2]) Denn der Reisende muß, wenn er nicht überhaupt zu Hause bleiben will, mit der Eisenbahn paktieren und sich allen Bedingungen fügen, die sie stellt; der Kaufmann hat keine andre Wahl, als seine Waren gerade von ihr befördern zu lassen, und ist deshalb in derselben Lage.[3]) Gerade dieser Gesichtspunkt, ob der Schuldner Inhaber eines rechtlichen oder tatsächlichen Monopols ist, oder ob er in freier Konkurrenz steht, wird von ausschlaggebender Bedeutung sein: der erste verstößt durch Ausschluß der Haftung für Verschulden seiner Erfüllungsdiener in der Regel, jedenfalls im Zweifel (a. M. Nußbaum S. 87) gegen die guten Sitten, der zweite nicht. Ob durch Herabsetzung des Entgelts das erforderliche Mißverhältnis der beiderseitigen Leistungen aufgehoben wird, so daß § 138 nicht zur Anwendung kommt, ist Tatfrage und kann nur für den einzelnen Fall entschieden werden.

Für irrig halt ich das von Endemann S. 500 (im Anschluß an ihn Schütz S. 42) aufgestellte Unterscheidungsmerkmal, wonach immer Nichtigkeit eintreten solle, wenn öffentliche Interessen auf dem Spiele ständen. Man setze den Fall, daß eine der auf dem Bodensee verkehrenden Dampfschifflinien in ihre Verträge eine entsprechende

[1]) Das außerdem verlangte Mißverhältnis der beiderseitigen Leistungen wird auch immer gegeben sein; denn in die Leistung des Passagiers oder Versenders muß das Risiko eingerechnet werden, das er infolge des Ausschlusses der Haftung für das Verschulden der Angestellten läuft.

[2]) Für das gemeine Recht vgl. zu dieser Frage Goldschmidt Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 41 S. 406—410.

[3]) Anders wär es freilich beim Kaufmann, wenn Beförderungsmittel zu Wasser mit der Eisenbahn konkurrierten; vgl. die folgenden Ausführungen.

Klausel aufnimmt. Diese Vereinbarung ist nichtig gegenüber dem einzelnen Passagier, dagegen unter sonst gleichen Verhältnissen vollwirksam gegenüber einer Reisegesellschaft, die unter der Fürsorge und Leitung eines Reisebureaus steht (dabei wird angenommen, daß die Ueberfahrt nicht auf einem von diesem gemieteten Schiff erfolgt, sondern daß jeder Teilnehmer für sich vor der Fahrt ein Billet löst, weil ja sonst kein Vertrag zwischen ihm und der Schiffahrtsgesellschaft zu Stande kommt): der gewöhnliche Reisende ist bei seiner völligen Unkenntnis andrer gleich billiger und bequemer Ueberfahrtsgelegenheit im allgemeinen der Schiffahrtsunternehmung gegenüber machtlos, so daß diese ihm die Klausel unter Ausbeutung seiner Notlage oder geschäftlichen Unerfahrenheit aufzwingt. Davon kann aber keine Rede bei der Reisegesellschaft sein, die durch ihre große Zahl und ihr einheitliches Handeln selbst einen Machtfaktor darstellt, und die von einem nach kaufmännischen Grundsätzen betriebnen, also die Konjunktur kennenden und ausnützenden Reisebureau geleitet wird. Ebenso ists für den Güterverkehr. Wird der Koffer eines Touristen durch das Verschulden der Schiffsbesatzung verletzt, so haftet die Unternehmung trotz einer ihre Haftung ausschließenden Vertragsbestimmung; sie ist aber celeris paribus nicht verantwortlich für die Beschädigung von Waren, die ein Kaufmann von ihr transportieren läßt. Und falls Endemann unter „öffentlichen Interessen" nur die des Staates versteht: warum sollt es einen Unterschied machen, ob Pferde, die zu Schaden gekommen sind, einem Privaten oder dem Militärfiskus gehören?

§ 7. 4. Die Theorieen über den Grund der Zurechnung.

I. Seitdem sich die gemeinrechtliche Literatur mit der Zurechnung des Verschuldens eines Erfüllungsmittlers beschäftigte (wobei sie sich freilich fast ausnahmslos auf Untersuchungen über den „Gehülfen" beschränkte), begegnen wir einer beinah unübersehbaren Zahl von Versuchen, den tiefern Grund dieser Vertretungspflicht in einer logisch halbwegs befriedigenden Weise ausfindig zu machen. Es ist das verständlich genug. Denn auf der einen Seite drängten die Bedürfnisse des modernen Lebens mit so elementarer Gewalt über das starre Verschuldungsprinzip hinaus, daß es nur wenige Theoretiker wagten, diesem auch noch für die Gegenwart unbedingt das Wort zu reden. Auf der andern Seite ließ sich aber nicht leugnen, daß das rezipierte Recht nur sehr wenige und nur sehr schmale, für den großen Verkehr des Rechtslebens kaum in betracht kommenden Seitenpfade neben der breiten Heerstraße dieses Prinzipes kannte; ja, es war sogar sehr bestritten, ob auch nur alle diese nicht eben beträchtlichen Ausnahmen anerkannt werden könnten. Um in diesem Zwiespalt den praktischen Bedürfnissen gerecht zu werden, ohne doch von dem juristischen Gewissen gar zu viele Konzessionen zu verlangen, lag es nahe, nach allgemeinen Rechtsgedanken zu fahnden, aus denen man in weiterm Umfang, als die Aussprüche der Quellen gestatteten, eine Haftung für fremdes Ver-

schulden herleiten könnte. Jeder, der sich mit dieser Frage beschäftigte, bohrte an einer andern Stelle, und jeder glaubte, die ersehnten Wasser rauschen zu hören, bis ihm sein Nachmann das Irrige seiner Deduktionen nachwies; es ist fast erheiternd, zu sehen, mit welchem Eifer sich diese Erklärer gegenseitig widerlegen. So kommts, daß eine Menge von Theorieen aufgestellt wurden, von denen einige bestimmend auf die Praxis und damit auf das Leben gewirkt haben.

Für das gemeine Recht ist das sehr begreiflich, und mit Rücksicht auf den Zweck darf man wohl darüber wegsehen, daß sichs im Grund immer nur um eine petitio principii handelt: um den Anforderungen des Lebens gerecht werden zu können, suchte man nach einer allgemeinen Theorie, und aus dieser leitete man dann Rechtssätze ab, wie sie das Leben verlangte. In einer ganz ähnlichen Lage befand sich die französische Jurisprudenz. Der maßgebende Art. 1384 des code civil brachte, wenn er auch das bisherige Recht weit überholt, doch kein Prinzip, sondern begnügt sich mit einer sehr unvollständigen Kasuistik. Wie ists in den Fällen zu halten, die er nicht namentlich aufzählt? Erschöpft er die Zurechnung fremden Verschuldens oder gibt er nur Beispiele dafür? Die Rechtsprechung entschied sich aus praktischen Erwägungen für das zweite, mußte nun aber natürlich erst das Prinzip ausfindig machen, von dem jene besonders aufgeführten Haftungsgründe Beispiele sein sollten.

Man wird weder den gemeinrechtlichen noch den französischen Juristen aus ihren Bemühungen, den Gegensatz zwischen Gesetz und Bedürfnis auszugleichen, einen Vorwurf machen. Wenn aber auch jetzt noch, wo ein solcher Gegensatz nicht mehr besteht, wenn auch dem bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber versucht wird, die Haftung von allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten aus zu erklären, so halt ich das für wertlose Spielerei. Und wenn man sich gar bei der Auslegung des § 278 auf die Folgerungen des „zuvor gewonnenen allgemeinen Prinzipes" beruft (wies in unerträglichem Maß insbesondre Hoffmann, Nußbaum, Wertheimer, Asmis und Isay tun), so kann das nicht scharf genug zurückgewiesen werden. Bezeichnend sind die Worte, mit denen Nußbaum seine Ausführungen beginnt (S. 43): „Um die wissenschaftliche Grundlage für die Interpretation des § 278 zu gewinnen, müssen wir zunächst untersuchen, ob und inwieweit sich die in ihm ausgesprochene Haftung auf ein juristisches Prinzip zurückführen läßt" (ganz ähnlich Hoffmann S. 31, 105). Wie verkehrt! Ein solches Prinzip kann höchstens Ergebnis, nicht Grundlage der Interpretation sein. Die Grundlage darf einzig und allein das Gesetz bilden; jedes andre Vorgehen ist nicht Konstruktion, sondern Zwangsverfahren. Man stellt eine Theorie auf, unter die man die Bestimmungen des Gesetzes preßt; man macht sich aus dem Zeuge vager Rechtsvorstellungen eine Jacke, um dann die Vorschriften des positiven Rechts solang zu recken und zu beschneiden, bis sie hineinpassen. Freuen wir uns, daß wir ein Gesetz haben, das in dieser Beziehung — wie fast die gesamte Kritik anerkannt hat — den Forderungen des Lebens

mit beiden Armen entgegenkommt, das uns der Mühe überhebt, Rechtsgedanken auszuforschen, da wir uns auf Rechtsvorschriften berufen können. Etwas andres ists natürlich, zu untersuchen, ob der Gesetzgeber nicht noch einen Schritt hätte weiter gehen und die durch fremdes Verschulden begründete Schadensersatzpflicht noch häufiger hätt eintreten lassen sollen.[1]) Eine derartige Frage zu stellen, ist sehr berechtigt; doch erscheint es zweckmäßiger, solche Erörterungen de lege ferenda an die Besprechung der einzelnen positiven Normen anzuschließen. Hält man aber, wies allgemein geschieht, die Bestimmungen des Gesetzes im großen und ganzen (auf kleine Abweichungen kommts ja nicht an) für entsprechend, so begnüge man sich mit der Erkenntnis, daß die praktischen Bedürfnisse die Regelung rechtfertigen, die in der Rechtsordnung getroffen ist; alles andre führt nur dazu, dieser die eignen, sehr subjektiven Gedanken unterzuschieben.

Wenn ich gleichwohl einen knappen Ueberblick über die bedeutendern Theorieen mit den hauptsächlichsten gegen sie sprechenden Erwägungen gebe, ist der Grund die Hochachtung vor der gewaltigen Summe von Geistesarbeit, die auf ihre Aufstellung verwendet wurde; die Pietät des Enkels verbietet, darüber mit Schweigen wegzugehen.

II. Soweit ich die Literatur überschaue, lassen sich zwei Arten von Erklärungsversuchen unterscheiden: die legislatorisch-wirtschaftlichen, die in einer mehr negativen Weise darlegen wollen, daß die Festsetzung einer über die Verschuldenshaftung hinausgehenden Verantwortlichkeit mit Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse als nicht unbillig erscheine, und die juristisch-konstruktiven, die sich zum Ziel setzen, diese erweiterte Haftung aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigen. Nur wenige dieser Theorieen ermöglichen übrigens zugleich eine Konstruktion der Haftung für Verschulden des gesetzlichen Vertreters.

Nach ihrem Umfang zerfallen sie gleichfalls in zwei Gruppen. Die erste (kleinre) beschränkt sich auf die Untersuchung der Verantwortlichkeit des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, also auf das uns hier interessierende Gebiet; einige dieser Prinzipien beziehen sich sogar bloß auf den Werkvertrag, was wir aber nicht zu berücksichtigen brauchen, da sie die Kraft zu allgemeinrer Geltung in sich tragen. Die zweite Gruppe greift weit über den Rahmen unsrer Darstellung hinaus, indem sie die ganze Haftung ohne Schuld decken will. Der Grundfehler dieser allgemeinen Theorieen besteht darin, daß sie — von der richtigen Erkenntnis ausgehend, gewissen einzelnen Fällen sei ein bestimmter Gedanke gemeinsam — den auf ein Gebiet anwenden, das sich weit, weit über das Bereich jener Einzelfälle hinaus erstreckt. Nach der Führung des nicht sonderlich schweren Nachweises, daß diese unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen sind, glauben sie, es könne kein Zweifel mehr bestehen, daß das für

[1]) So namentlich Rümelin I und Merkel I.

einen winzig kleinen Teil der Rechtsordnung gefundne Prinzip ihr in ihrem vollen Umfang zu Grunde liege; sie lassen sich durch eine unleugbare Aehnlichkeit täuschen und vergessen den Beweis dafür, daß eine Gleichheit in den wesentlichen Punkten vorhanden sei. Der, bei dem dieser Mangel besonders deutlich hervortritt, ist Unger; andre haben die Willkür ihrer Folgerungen geschickter zu verbergen gewußt.

Daß manche Theorieen nicht die Stellungnahme des bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern die des gemeinen Rechts erklären sollten, ist für uns ohne Bedeutung, da sie auch dem geltenden Recht gegenüber häufig genug herangezogen werden. Wenn wir dann auch noch zwei Prinzipien erwähnen, die de lege ferenda aufgestellt, vom bürgerlichen Gesetzbuch aber zweifellos abgelehnt sind, erscheint das der Vollständigkeit wegen geboten.

1. Unter den legislatorisch-wirtschaftlichen Theorieen mag den Reigen die Dolinskis eröffnen, der die innre Begründung der erweiterten Haftung in den „sozialen Bedürfnissen des Verkehrs" sieht (S. 24—30). Viele sind ihm gefolgt, von denen der eine diese, der andre jene Seite des Verkehrsbedürfnisses in den Vordergrund stellte: Dolinski selbst betont die „Einfachheit der Form, die Erleichterung des Verkehrs, sowie dessen Sicherheit und Zuverlässigkeit"; ebenso nennt Endemann S. 501 die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen „ein Gebot der Verkehrssicherheit und Vertragstreue". Nußbaum (S. 48—50) erkennt die Sicherung der Obligationserfüllung als das Grundprinzip; er macht selber (S. 83) darauf aufmerksam, daß das Erfordernis eines Verschuldens des Erfüllungsmittlers mit diesem Prinzip in keiner Weise zu vereinbaren ist, woraus für einen Unbefangnen hervorgehen dürfte, daß dieser Konstruktionsversuch gegenüber dem bürgerlichen Gesetzbuch verfehlt ist. Rümelin II kehrt den präventiven Gesichtspunkt hervor, den erziehrischen Einfluß, den eine ausgedehnte Kausalhaftung naturgemäß im Gefolge hat (auch Rümelin I S. 56 hatte schon darauf aufmerksam gemacht), wenngleich er noch andre Theorieen zur Erklärung heranzieht. Mataja (S. 57 ff.) baut das Prinzip der Schadensrepartition aus, das auf den Versicherungsgedanken gegründet ist; Binding entwickelt S. 473 ganz ähnliche Anschauungen. Daß derartige Rücksichten den Gesetzgeber bestimmt haben, ist zweifellos, und es mag verdienstlich sein, ihnen nachzugehen und sie aufzudecken.[1]) Ein juristisches Prinzip liegt aber darin auf keinen Fall; die Verkehrsbedürfnisse sind das gerade Gegenteil davon.

Ganz unbrauchbar ist die Zurückführung der Zurechnung fremden Verschuldens auf eine obligatio ex lege. Damit ist weiter nichts gesagt, als daß es dem Gesetzgeber beliebt habe, eine solche Bestimmung zu treffen; wie er dazu kam, wird verschwiegen. Nicht viel beßres gilt von der Erklärung „aus dem Gesamtinteresse heraus" (so

[1]) Vgl. übrigens Leonhard (Gutachten) S. 385 f., der in beachtenswerter Weise auch einmal auf die rechtspolitischen Gründe hinweist, die gegen die Normierung einer allzu ausgedehnten Haftung des Unternehmers für Verschulden seiner Erfüllungsdiener sprechen.

für ein weitres Gebiet Rupp S. 29 ff.); denn Haftung aus öffentlich-rechtlichen Interessen und Haftung aus sonstigen Gründen lassen sich nicht gegenüberstellen, da das Gesamtinteresse das Rückgrat aller Rechtsvorschriften ist (vgl. auch Merkel III S. 292).

Bedeutender erscheint die von Ubbelohde (Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 7 S. 245 ff.) geschaffne Assekuranztheorie,[1]) historisch der erste Erklärungsversuch, der bis zur Aufstellung der Erfolgstheorie bestimmend auf die Praxis wirkte (vgl. ROHG. Bd. 13 S. 78; das Reichsgericht hat dieses Urteil RG. Bd. 10 S. 166 anerkannt):[2]) Der Schuldner, der Haftung für Verschulden seiner Gehilfen übernehme, bedinge sich für dieses Risiko in der Regel eine Assekuranzprämie aus, die — wenigstens nach seiner Meinung — dem gewagten Geschäft den Charakter der Liberalität von seiner Seite nehme (S. 246), könne mithin als gedeckt gegen Gefahr gelten; anders der Gläubiger. Daher lege das Gesetz dem Schuldner Haftung für seine Gehilfen in all den Fällen auf, in denen es zutreffe, daß er sich in der Regel eine Assekuranzprämie ausbedingen könne. Die einfache Konsequenz dieser Theorie wäre, den Schuldner für allen, auch für den zufällig eingetretnen Schaden haften zu lassen; denn wenns nur auf die Verschaffung einer Assekuranzprämie ankommt, mit welchem Recht kann man dann einen Unterschied zwischen Zufall und Verschulden des Erfüllungsdieners machen? Auf der andern Seite müßte sich der Schuldner durch den Nachweis befreien können, daß in der vereinbarten Gegenleistung im einzelnen Fall wegen ihrer geringen Höhe eine Assekuranzprämie nicht enthalten sei. Das eine ist dem Gesetz so fremd wie das andre. Ubbelohdes Theorie verwechselt zudem Ursache und Wirkung, denn „wenn dargetan wird, daß bei einem Gewerbe ein Zuschlag zum Preise als Assekuranzprämie gemacht wird, liegt hierin nicht der Grund für die Haftung, sondern es ist die aus einem anderen Grunde bestehende Haftung nur ein Motiv für die Preiserhöhung" (Dreyer, Gutachten S. 90). Eine nicht zu verkennende Schwäche der Theorie liegt endlich darin, daß sie von dem ausgeht, was nur gewöhnlich der Fall ist; zumal die „Regel" in der Praxis ungemein häufig nicht Platz greift. Daß Ubbelohdes Begründung auch mit den Grundsätzen wahrer Gerechtigkeit und Billigkeit nicht übereinstimmt, weist Ennecceruś II S. 98 f. treffend nach.

Großen Einfluß hat das in seinen Grundgedanken zuerst von Merkel III S. 283 entwickelte, in den Motiven Bd. II S. 30 ver-

---

[1]) Gegen ihn insbesondre Goldschmidt und Bar in Grünhuts Ztschr. Bd. 4 S. 72. Ubbelohde hat übrigens, von Goldschmidts Ausführungen überzeugt, in Glücks Pandektenkommentar Serie der Bücher 43 und 44, 1. Teil, S. 415 Anm. 71 das Irrige seiner Theorie in loyaler Weise zugegeben und diese widerrufen.

[2]) Leonhard (Gutachten) S. 365 billigt sie; Steinbach S. 62 f. folgt ihr; vgl. auch Laband S. 187: „Wer den Unternehmergewinn hat, muß auch das Unternehmerrisiko tragen" und Klöppel S. 477: „Bei Verwendung von Gehilfen gehört ebenso wie bei der Verwendung von Naturkräften der nach der Erfahrung zu berechnende Durchschnitt ihrer schädigenden Wirkungen zu den natürlichen Produktionskosten, zu den Beschaffungsschwierigkeiten."

wertete und von Unger ausgebaute Prinzip der Korrespondenz von Vorteil und Haftung gewonnen.[1]) Das Reichsgericht hat es erst vor wenigen Jahren wieder ausdrücklich anerkannt: „Ist der Schuldner zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, und ist die Vornahme ausschließlich von seinem Willen abhängig, so kann er sich der Hilfe Dritter bei der Ausführung der Handlung bedienen, soweit er nicht selbst tätig sein muß; aber er tut dies, wie im eigenen Interesse, so auch auf seine eigene Gefahr; dieser Standpunkt ist in § 278 vertreten."[2]) Wüstendörfer S. 78 ff. glaubt es als „Utilitätsprinzip" sogar schon im römischen Recht nachweisen zu können[3]) (l. 149 D. de regulis iuris: ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet). Es lautet: „Der Schuldner trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft, in eigener Angelegenheit; wie das korrekte Verhalten der Gehilfen ihm zum Vorteil dient, so muß auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachteil ausschlagen" (Unger I S. 390). „Eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr" (Unger II S. 359). Kurz aussprechen läßt sich der Gedanke durch die Umkehrung einer bekannten römischen Rechtsregel: cuius commodum, eius periculum, worauf neben Rümelin I S. 31 auch Baron (Zeitschriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 19 S. 123) hinweist. — Man hat mit vollem Recht eingewendet, daß dies in den wichtigsten Rechtsbeziehungen, bei den zweiseitigen Verträgen, durchaus nicht zutrifft: Die Beiziehung von Erfüllungsdienern liegt hier fast immer ebenso sehr im Interesse des Gläubigers wie in dem des Schuldners, da ohne sie die Erfüllung, durch die der Gläubiger befriedigt werden soll, an der er also ebenso interessiert ist wie der Schuldner, meist ganz unmöglich wäre. Daß das Prinzip vom bürgerlichen Gesetzbuch trotz jener Erklärung der Motive nicht durchgeführt ist, geht schon aus der damit in keiner Weise zu vereinenden Gefahrverteilung bei den Gefälligkeitsgeschäften hervor; es ist bezeichnend genug, daß Unger diese Verteilung mißbilligt. Auch ist der durchgreifende Unterschied, den das Gesetz zwischen der Zurechnung fremden Verschuldens gegenüber dem Gläubiger und gegenüber Dritten macht, nach dieser Theorie absolut nicht zu rechtfertigen; Unger bezeichnet ihn denn auch als „grelle und fast unerträgliche Diskrepanz" (Unger I S. 396) und gesteht damit

---

[1]) Oertmann II S. 90 bezeichnet es als „vortrefflich"; Conradi S. 60 f. hat sich an Unger angeschlossen. — Es gibt nichts Neues unter der Sonne: gegen das Prinzip, das Unger als erster gefunden zu haben meint (Merkel III scheint er nicht gekannt zu haben), machte Hepp S. 91 schon 1838 Front, soweit es damalige Schriftsteller heranzogen zur Erklärung der Haftung des Eigentümers von Sklaven oder Tieren für den Schaden, den diese angerichtet haben.

[2]) Jur. Wochenschrift 1897 S. 570. Ebenso schon vorher RG. Bd. 10 S. 302 Mitte; Bd. 43 S. 147 oben.

[3]) Freilich ist Wüstendörfer erst zweiter „Entdecker": s. Unger II (3 Jahre vor Wüstendörfers Dissertation erschienen), wo S. 359 bereits konstatiert ist, daß dieses Prinzip schon im römischen Recht gegolten habe, ohne daß freilich näher darauf eingegangen wird.

selbst zu, daß das Gesetz sein Prinzip nicht anerkannt hat. Immerhin enthält es unleugbar einen sehr gesunden Gedanken.[1])

Genau dasselbe wie Unger, nur verhüllt durch einen Wust von Fremdwörtern, scheinen mir Sjögren und Isay zu sagen. Der erste erklärt in seiner teilweise schwer verständlichen und recht gespreizten Abhandlung „Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadenstiftung" (Jahrb. f. Dogmatik Bd. 35, n. F. Bd. 23, S. 343—430): „Der wahre Grund der Haftung ist die Finalität der Wirksamkeit, in welcher die Tätigkeit der zu ökonomischen Zwecken verwendeten Personen ein isoliertes Moment bildet" (S. 426); er sieht nämlich in der Finalität der Wirksamkeit, der causa finalis, neben dem Verschulden, der causa efficiens, das „symptomatische Moment", das die Kausalität des Willens anzeige (S. 407). Was ist aber „Finalität der Wirksamkeit" anders als Zweck, Interesse? (vgl. auch S. 410, 415). In die Sprache der Verständlichkeit übersetzt, sagt Sjögren mithin, daß der Haftungsgrund in dem Interesse des Schuldners liege, daß also das Prinzip der Korrespondenz von Vorteil und Haftung maßgebend sei. — Isay erklärt die Verantwortlichkeit aus § 278 für „Gestionswirkung, Gestionshaftung" (S. 383). Er glaubt in der „Gestion" ein neues „selbständiges Rechtsinstitut mit eigenartigen Wirkungen" entdeckt zu haben; er definiert sie als „Handeln in fremdem Interesse, als Führung fremder Geschäfte" (S. 3). Wenn Grund der Haftung die Gestion genannt wird, soll das also heißen: der Schuldner haftet, weil er den Täter in seinem Interesse verwendet; genau dasselbe hat aber Unger bereits zehn Jahre vor Isay viel klarer ausgeführt.[2])

Rümelin I suchte das Prinzip Ungers zu verbessern (vgl. S. 46!) durch die Formulierung der Theorie der Gefährdungshaftung, die schon Löning ausgesprochen hatte,[3]) und die Pfeiffer S. 33 mit geringfügigen Einschränkungen (für die Zurechnung aus § 831), ebenso wie Hoffmann S. 85 ff. angenommen hat; seit dem Haftpflichtgesetz lag sie geradezu in der Luft. Sie umfaßt „die Fälle, in denen die Verfolgung des einen Interesses nicht notwendig, sondern nur möglicher-, vielleicht nur entfernt möglicherweise eine Verletzung

---

[1]) Was Nußbaum S. 46 gegen Unger ausführt, ist unzutreffend; es beruht auf einer Verkennung des Wesens der Substitution.

[2]) Es ist einigermaßen auffällig, daß Isay, der Ungers Schrift gekannt hat (s. S. 115 Anm. 3), diese Bekanntschaft in dem entscheidenden Abschnitt ableugnet und Unger vollkommen ignoriert.

[3]) Edgar Löning, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht 1879 S. 90: „Wer eine gefahrbringende Unternehmung betreibt, hat, wenn ihn auch keine Verschuldung trifft, doch die aus dem Betrieb entstehenden Unfälle und Beschädigungen veranlaßt. In dem Betriebe selbst liegt keine Verschuldung, denn derselbe ist nicht rechtswidrig; aber mit dem Betriebe ist die Gefahr gegeben. Die Gesellschaft, die solche gefahrvolle Betriebe gestattet, kann und muß verlangen, daß der Unternehmer auch diese Gefahr trägt, sie muß ihn schadensersatzpflichtig machen."

anderer Interessen mit sich bringt" (Rümelin I S. 45);[1] speziell bei der Verwendung von Erfüllungsdienern im Betriebe soll die Gefährdung darin bestehen, daß „man bei eigener Besorgung sämtlicher Betriebsverrichtungen durch Anwendung der diligentia boni patrisfamilias eine große Anzahl von Verletzungen fremder Interessen abschneiden könne, während man die Gehilfen nicht in der Hand habe" (S. 47). Man ziehe die Folgerungen dieser „Rechtstendenz" (ihr Vater selbst spricht ihr die Eigenschaft eines juristischen Prinzipes ab, S. 56), die übrigens eine nicht zu verkennende Neigung zum Veranlassungsprinzip hat.[2]) Wenn ich deshalb hafte, weil ich das Publikum durch die Zuziehung des Erfüllungsdieners gefährde, und wenn die Gefährdung darin besteht, daß sich dieser möglicherweise Schädigungen zu schulden kommen läßt, die ich als sorgfältiger Mann vermieden hätte, folgt notwendig, daß ich von aller Haftung frei bin, wenn ich mit der Besorgung meiner Angelegenheiten einen Menschen betraue, der noch sorgfältiger ist als ich; denn dadurch wird ja das Publikum viel günstiger gestellt, die Möglichkeit einer Gefährdung ist jetzt viel geringer, als wenn ich selbst handelte. Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Folgerung nicht gezogen und damit auch Rümelins Theorie abgelehnt. — Hoffmann sucht die Gefährdung anderswo: „Dadurch, daß der Schuldner seine Obliegenheiten durch Andere ausführen läßt, setzt er die Möglichkeit, daß diese Anderen durch ihr Verhalten einen Schaden verursachen, den er selbst entweder nicht angerichtet oder wegen eigenen Verschuldens zu vertreten hätte" (S. 97); „hätte er persönlich gehandelt, so wäre er dem Gläubiger auf Grund des Kontraktes verantwortlich" (S. 103). Allein auch diese auf den ersten Blick bestechende Erwägung ist unrichtig. Denn es ist ja sehr wohl möglich (s. oben § 5 II) und trifft sogar in den praktisch wichtigsten Fällen meist zu, daß für den Gläubiger ein Anspruch auch gegen den Erfüllungsdiener entstanden ist. Hier könnte von einer juristischen Schädigung des Gläubigers auch dann keine Rede sein, wenn ihm das Gesetz einen Anspruch gegen den Schuldner nicht gäbe; stände das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkt der Gefährdungstheorie, so müßt es also in allen diesen Fällen den Schuldner für haftfrei erklären. Freilich kann man immer noch einwenden, daß wenigstens eine ökonomische Gefährdung bestehen bliebe, da regelmäßig beim Erfüllungsdiener wenig zu holen sein wird, so daß der Gläubiger vielfach leer ausginge; so sagt denn auch Hoffmann S. 177: „In der nahe liegenden Möglichkeit, daß der Gehilfe vermögenslos ist . . ., liegt die Größe der Gefahr". Diese Argumentation könnt aber für das Gesetz nur

[1]) Vgl. auch Fels S. 3, § 10 seiner Gegenvorschläge und die Begründung zum jetzigen § 833 in den Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik 1893 S. 261. — Darüber, inwiefern der Gedanke der Gefährdungshaftung schon in der römischen Judikatur hervortrat, s. Mitteis im österr. Centralblatt f. d. jur. Praxis Bd. 15 S. 275.

[2]) Rümelin selbst macht S. 56 auf die Verwandtschaft seiner Theorie mit dem verkappten Veranlassungsprinzip Merkels aufmerksam; ebenso Merkel II S. 555 ff.

anerkannt werden, wenn es die unabweisliche Folgerung aus ihr zöge, den Anspruch gegen den Schuldner jedenfalls dann zu versagen, wenn der Erfüllungsdiener selbst dem Gläubiger verantwortlich und zugleich zahlungsfähig ist; worin soll in diesem Falle die Gefährdung liegen?

2. Den bisher behandelten Theorieen stehen die juristisch-konstruktiven gegenüber, die sich nach der juristischen Grundlage, auf der sie aufbauen, in zwei Gruppen gliedern.

a) Die erste erleichtert sich die Aufgabe sehr, indem sie sich ohne viel Bedenken auf den Standpunkt der Verschuldenshaftung stellt; sie behauptet das Vorhandensein einer Schuld oder das Vorliegen einer gleichwertigen Tatsache bei dem, dessen Verantwortlichkeit sie erklären möchte.

Am oberflächlichsten ist die Theorie des code civil, wie sie von der französischen Jurisprudenz entwickelt wurde (vgl. insbesondre Mayer, Gutachten S. 126 ff.): Es wird Verschulden fingiert. Der Knoten ist mit einem Schwerthieb durchhauen, aber nicht gelöst. Denn sofort erhebt sich die weitre Frage nach dem Grunde dieser Fiktion, worauf wir keine Antwort bekommen. „Eine Präsumtion ist keine Begründung" (Enneccerus II S. 106).[1])

Eine solche versuchte Dreyer de lege ferenda in seinem Gutachten für den 17. deutschen Juristentag in der Veranlassungstheorie zu geben, die von der Verschuldung im gewöhnlichen Sinn absieht und den Schuldbegriff als „Kausalität des ungünstigen Ausganges" auffaßt, indem sie „verschulden" und „schuld an etwas sein" unterscheidet:[2]) „Die Folgen eines beschädigenden Ereignisses fallen auf denjenigen zurück, welcher die tatsächliche Voraussetzung, die Ursache, hiezu gesetzt hat, und nicht auf denjenigen, welcher dem Ereignis gänzlich fremd gegenübersteht" (S. 99). Dieses Prinzip würde, da es auf die bloße Tatsache der Veranlassung das entscheidende Gewicht legt, zu den ungeheuerlichsten Ergebnissen führen, die mit unserm Rechtsgefühl unvereinbar sind. „Es wäre eigentlich nur der noch sicher vor Schadensersatzansprüchen, der sich überhaupt alles Handelns enthält, soweit das möglich ist" (Enneccerus II S. 108). „Der Aengstliche könnte seines Lebens nicht mehr froh werden, der Leichtsinnige würde auch die gebotene Vorsicht außer acht lassen" (Unger). Daß dem bürgerlichen Gesetzbuch das Veranlassungsprinzip, das übrigens auch von Schmidt S. 1186 befürwortet worden war, vollkommen fremd ist, braucht nicht erst gesagt zu werden.

Als verkapptes Veranlassungsprinzip stellt sich sowohl der Erklärungsversuch Merkels als der Cosacks dar. Merkel entwickelt das „Prinzip des aktiven Interesses": „Wer sein Interesse zum

[1]) Merkel III S. 291 nennt sie treffend eine Krücke des Verschuldungsprinzipes.

[2]) Sie wird von Jacques S. 134 gebilligt; für das römische Recht (!) vertritt sie Rang S. 71; vgl. Mayer (Debatte) S. 126, Binding S. 472: „Der Tätige hat auch seine Mittel zu verantworten; der Herr die Taten seiner Leute, sofern sie im Dienste verübt sind, der Unternehmer die schädlichen Wirkungen seines Betriebes."

Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen fremden Interesses geltend macht, wer „aktiv" wird, wer handelt zur Wahrung seines auf Kosten eines fremden Interesses, — der muß, auch wenn seine Handlung mit Rücksicht auf das Ueberwiegen seines in einer Kollision befindlichen Interesses als rechtmäßig sich darstellt, dem Anderen den Schaden ersetzen, der diesem durch die von der Gesamtheit diktierte Unterordnung seines Interesses unter dasjenige des Handelnden erwachsen ist" (Merkel I S. 160).[1]) Es wird mithin alles auf die Tatsache abgestellt, daß der Verantwortliche „aktiv" geworden ist, daß er also der Veranlasser war. Uebrigens fühlt Merkel selbst, wie wenig sein Prinzip mit dem Gesetz übereinstimmt: „Die Regelung der Ersatzpflicht im Entwurf [dessen Bestimmungen im wesentlichen Gesetz geworden sind] scheint mir auch nach der zweiten Lesung keine völlig befriedigende" (S. 132); „im Entwurf wäre dem bezeichneten Gesichtspunkt [d. h. dem Prinzip des aktiven Interesses] in weiterem Umfang Anerkennung zu wünschen" (S. 176). — Cosack S. 257 erklärt, es handle sich um Haftung für Zufall, und zwar für innern Zufall, d. h. für einen solchen, der dem individuellen Lebenskreis entstamme, dessen Mittelpunkt der Verantwortliche sei. Das kann nichts andres heißen, als daß die Zurechnung des Verschuldens eines Erfüllungsmittlers, vom Haftenden aus gesehen, als Zurechnung eines Zufalls erscheint und daß ihm dieser Zufall deshalb zugerechnet wird, weil es „ein Unglück ist, das seinem Lebenskreis entspringt", d. h. weil es von seinem Kreis, ohne Bild gesprochen, von ihm selbst ausgegangen ist: weil er veranlaßt hat.

b) Die zweite Gruppe geht von dem Vorliegen eines Vertragsverhältnisses aus. Das einfachste und nächstliegende Mittel, alle Schwierigkeiten aus der Welt zu schaffen, ist natürlich auch hier wieder die Fiktion: Wer sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eines Andern bedient, übernimmt damit „stillschweigend" die Garantie für ordnungsmäßige Erfüllung durch diesen; wenn er behaupten und beweisen will, daß das gar nicht seine Absicht gewesen sei, läßt man ihn einfach nicht zu Wort kommen. So Gysler S. 87 ff.; vgl. auch das Reichsoberhandelsgericht in ROHG. Bd. 4 S. 245 unten, v. Blume, Rezension in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 38 (N. F. Bd. 2) S. 210 ff.; für einen besonders gelagerten Fall das Kammergericht im Recht 1902 S. 207. Auch in den Motiven Bd. II S. 30 findet sich dieser Gedanke. Es genügt, zu wiederholen, daß eine Fiktion keine Begründung ist.

Von größter Bedeutung für die Stellungnahme der gemeinrechtlichen Praxis war die hieher gehörige Erfolgstheorie, die Theorie des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichts,[2])

[1]) Er hat sein Prinzip dann noch einmal in der angeführten Rezension gegen Rümelin verteidigt. — Ohne den Namen findet es sich schon bei Mataja S. 41: „Wer das Unternehmen in Betrieb setzt, muß auch dessen schädliche Seite mit in den Kauf nehmen."

[2]) Uebrigens ist bezeichnend, daß in den Entscheidungen daneben auch noch andre Gründe herangezogen werden: man scheint also der Stichhaltigkeit der Erfolgstheorie nicht recht getraut zu haben. Vgl. außer den im Text bereits angeführten Urteilen insbesondre ROHG. Bd. 13 S. 77, Bd. 12 S. 79.

der Leonhard (Gutachten) S. 340 ff.[1]) und Asmis S. 55 f. folgen:[2]) Vertrag ist Versprechen eines Erfolges. „Der Unternehmer [das Reichsgericht ging vom conductor operis aus] verpflichtet sich nicht zu denjenigen auf die Bewirkung der verdungenen Leistung abzielenden einzelnen Handlungen, welche nach den konkreten Umständen von ihm persönlich als dem Unternehmer erwartet werden können, wozu etwa auch die sorgfältige Auswahl und nach Umständen auch Beaufsichtigung der Hilfsperson gehören mag, sondern er verpflichtet sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im ganzen. Wer aber in dieser Weise kontrahiert, der hat es lediglich mit sich selbst abzumachen, wenn er aus irgend einem Grunde nicht in der Lage ist, das fragliche Ergebnis durch seine eigene alleinige Tätigkeit herbeizuführen. Er nimmt alle zur Ausführung etwa erforderlichen Hilfspersonen nur auf seine eigene Gefahr an" (Reichsgericht).[3]) Kommt das Endergebnis durch das Verschulden eines Erfüllungsdieners nicht zu Stande, so tritt also die Haftung deshalb ein, weil der Vertrag nicht ausgeführt wurde. Diese Theorie, die sich ursprünglich nur auf die locatio conductio operis bezog, erkannte das Reichsgericht dann für alle „auf Herbeiführung eines Erfolges gerichteten Verpflichtungen" an.[4]) — Doch eine Haftung in dieser Weise zu konstruieren, ist unbegründet: weil der Vertrag nicht erfüllt werden kann, erhält der Schuldner den ausbedungnen Lohn nicht; warum er außerdem auch noch für den Schaden aufkommen soll, den sein Erfüllungsdiener angerichtet hat, ist nicht einzusehen. Schlagend ist auch der Einwand, den Goldschmidt S. 359 ff. und viele nach ihm erhoben haben: Der Schuldner, der mit Rücksicht auf die Erfolgshaftung für Verschulden seines Erfüllungsdieners einstehen muß, ist konsequenterweise auch für Zufall verantwortlich zu machen; denn er hat nicht erfüllt, was er versprochen hatte, auch wenn ein casus die Unmöglichkeit der Erfüllung verursachte! Und doch wirds niemandem einfallen, eine Ausdehnung der Haftung bis auf Zufall zu befürworten.

In gewissem Sinn eine Modifikation der Erfolgstheorie ist das Prinzip der Haftung für unpersönliche Leistung, das Enneccerus in seinem Referate für den 17. deutschen Juristentag aufgestellt hat, indem er von dem Hartmannschen Begriff der Obligation ausging (ebenso in seinem Lehrbuch S. 478 f., im Anschluß an ihn

[1]) In seinen Ausführungen in der Debatte S. 112 will er, offenbar durch die Widerlegung von Enneccerus unsicher geworden, verschiedne Erfolge derselben vertragsmäßigen Handlung unterscheiden. Damit gibt er aber in Wirklichkeit die Erfolgstheorie auf; denn deren Grundlage ist eben, daß ins Auge gefaßt werden nicht die „einzelnen auf die Bewirkung abzielenden Handlungen, sondern die Herstellung des Endergebnisses im ganzen" (Reichsgericht).

[2]) Eine modifizierte Erfolgshaftung findet sich für die Werkverdingung bei Mathis S. 55 ff., der aber außerdem die Fiktion einer Garantieübernahme nicht verschmäht und überdies eine Art Veranlassungshaftung verwertet: eine reichhaltige Musterkarte der vor ihm angestellten Versuche, aber jedenfalls keine „eigene Konstruktion", wie er hinstellt.

[3]) RG. Bd. 10 S. 166 f.

[4]) RG. Bd. 33 S. 170.

Blau S. 45 ff.): „Wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene Diligenz; wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde Diligenz; wer eine Leistung, die durch eine noch nicht bestimmte, von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet, der haftet für die Diligenz dessen, den er auswählt" (Enneccerus II S. 104). Windscheid (Pandekten Bd. II S. 695 Anm. 5)[1]) erwiderte, der Schuldner verspreche nicht fremde Leistung, sondern nur Bewirkung einer fremden Leistung, also Sorgfalt in der Bewirkung. Aber Enneccerus weist in seinem Lehrbuch S. 479 Anm. 3 treffend nach, daß das gerade für die in betracht kommenden Fälle falsch ist. Es sprechen andre Bedenken gegen ihn, die dem positiven Recht zu entnehmen sind: Es ist gar nicht richtig, daß derjenige, der die Leistung eines noch unbestimmten Dritten schuldet, für die Sorgfalt des von ihm Ausgewählten haftet; wir haben vielmehr gesehen (s. § 5 I), daß in allen Fällen, wo sichs um die Beobachtung eines gewissen Grades von Sorgfalt handelt, nach dem bürgerlichen Gesetzbuch nicht, wie Enneccerus behauptet, die des Ausgewählten, des Erfüllungsdieners maßgebend ist, sondern die des Schuldners. Dieser schuldet stets eigne, nie fremde Diligenz.

Davon, daß es dem Gläubiger nur darauf ankomme, „der Schuldner solle durch eine Arbeitskraft die Erfüllung veranlassen", also von der Unpersönlichkeit der Leistung, die er dann freilich etwas einschränkt, geht auch Wertheimer (S. 28 ff.) aus. Er will die Haftung des Schuldners daraus erklären, daß „die Arbeitskräfte, deren sich dieser bedienen dürfe, generell bestimmt seien, daß er also (!) ein genus schulde und deshalb wie alle anderen Gattungsschuldner trotz eines unverschuldeten Irrtums bei der Auswahl für die Gattungseigenschaften des ausgesonderten Individuums hafte". Aber zunächst ist schon die Annahme ganz willkürlich, daß der Schuldner schlechthin ein genus zu leisten habe. Das trifft jedenfalls nicht immer zu; je genauer die Mittel der Leistung bezeichnet sind, desto mehr wird sich die Schuld einer Speziesschuld nähern. Ja, es ist sogar leicht zu beweisen, daß sichs in allen hier in betracht kommenden Fällen um eine solche handelt. Denn nach § 243[2] wird jede Gattungs- zur Speziesschuld, wenn der Schuldner getan hat, was zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache seinerseits erforderlich ist; ob dies zutrifft, bemißt sich beim Fehlen besondrer Gesetzesvorschriften nach der vernünftigen Verkehrsanschauung. Nach dieser hat aber der Schuldner doch gewiß das Erforderliche vollbracht, wenn er einen einwandfreien Erfüllungsdiener zuzieht: von diesem Augenblick an ist eine Gattungsschuld nicht mehr vorhanden. Allein auch abgesehen davon ist die Konstruktion Wertheimers unhaltbar. Sie beruht darauf, daß der Gattungsschuldner nach § 243[1] eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern hat, und daß „dieser durchschnittlichen Sache gegenüber als Durchschnittsmensch derjenige erscheine, der die im Verkehr erforderliche

[1]) Dem Conradi S. 60 und Hoffmann S. 61 folgen; ebenso Nußbaum S. 47 Anm. 2, dessen anmaßende Kritik dieser geistvollen Theorie sehr wenig angebracht ist.

Sorgfalt beobachte". Diese Analogie ist verblüffend. Wertheimer scheint danach zu glauben, daß geschuldet werde nicht die Leistung, sondern die erfüllende Person (wie er denn auch S. 29 vom „Schulden einer Arbeitskraft", S. 31 gar von dem „geleisteten Individuum" spricht) — eine in keiner Weise begründete, willkürliche und unverständliche Anschauung, die nicht erst widerlegt zu werden braucht. Es kann sich höchstens um einen Vergleich handeln, aus dem man materielle Folgerungen nicht ziehen darf.

Gleichfalls von dem Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses aber nicht des zwischen Schuldner und Gläubiger, sondern des zwischen Schuldner und Erfüllungsdiener bestehenden geht die Vollmachts- oder Vertretungstheorie aus:[1]) „Der Arbeiter [für diesen zunächst wurde das Prinzip entwickelt] handelt an Stelle des Arbeitgebers mit Wissen und Willen des letzteren. Der Vertreter, Gehilfe, Arbeiter verrichtet die Arbeit für den Prinzipal; dieser arbeitet durch seinen Vertreter, welcher seine Person ergänzt. Wenn auch der Prinzipal nicht handelt, so ist doch das Tun des Arbeiters seine Tat. Beruht auch das Verhältnis des Arbeiters zu seinem Arbeitgeber nicht auf einem Mandate, so besitzt er doch bezüglich der ihm anvertrauten Verrichtung Vollmacht"[2]) (Dreyer, Gutachen S. 95). „Entweder fahre ich selbst mit meinen Pferden, oder ich fahre durch meinen Kutscher; qui facit per alium, facit per se" (Dreyer, Debatte S. 117).[3]) Abgesehen davon, daß eine Haftung, die ihren Grund in Bevollmächtigung hat, durch Einschränkung der Vollmacht begrenzt werden könnte, jedenfalls, wenn die Einschränkung dem Gegenkontrahenten bekannt ist, — abgesehen davon ist diese Theorie insbesondre deshalb abzulehnen, weil sie auf einer sehr unglücklichen Verwechslung des Erfüllungsdieners und des Stellvertreters beruht, die nicht scharf genug auseinandergehalten werden können.

Auf die äußerste Spitze getrieben ist die Vertretungstheorie[4]) in der Werkzeugstheorie, wie sie besonders schroff von Schreiber[5]) entwickelt wurde: Die Tätigkeit des Gehilfen ist „eine Erweiterung der eigenen Leistungsfähigkeit des Meisters". Der Gehilfe ist nur „dessen Organ und stellt juristisch eine ideale Verlängerung des Armes oder

[1]) Vom Reichsgericht schon 1881 (RG. Bd. 5 S. 233) abgelehnt.

[2]) Wenn Dreyer später (Debatte S. 117) erklärt, „er stelle die Vollmacht nur als Tatsache hin", widerspricht er sich selbst; denn die Vollmacht kann eben nur eine Rechtshandlung, keine Tatsache sein.

[3]) Davon dürfte die „eigne" Konstruktion Abichts S. 46 ff. (dessen Ausführungen Welsch S. 58 ff. ohne Quellenangabe in unqualifizierbarer Weise — zum Teil wörtlich! — ausgeschrieben hat) sehr wenig abweichen; denn sie beruht darauf, daß die Tätigkeit des Gehilfen mit der des Unternehmers identifiziert werden müsse — also bloß eine stärkre Neigung zur Werkzeugstheorie. Vgl. auch Jung S. 137 oben und Endemann S. 501 Anm. 16: „Was der Gehilfe persönlich tatsächlich vollzieht, sind juristische Handlungen des Schuldners."

[4]) Ansätze dazu finden sich schon bei Dreyer, Gutachten S. 97.

[5]) Der Arbeitsvertrag nach heutigem österreichischen Privatrecht. Allg. österr. Gerichtszeitung Bd. 38 S. 98.

überhaupt des arbeitenden ‚Ich' des Meisters dar. Die Leistung des Gehilfen ist die Erfüllung des vom Meister mit dem Besteller geschlossenen Vertrages; also ist die Leistung des Gehilfen in bezug auf den Besteller als Leistung des Meisters rechtlich anzusehen". Dieser haftet daher für den Erfüllungsdiener in derselben Weise wie für sein Werkzeug.[1]) Man hat dagegen von mehrern Seiten mit Recht geltend gemacht, daß das nur ein Bild sei, und daß man den im Grunde doch kraft seines eignen Willens handelnden und immerhin rechtlich selbständigen Erfüllungsdiener nicht mit einem leb- und willenlosen Instrument vergleichen könne.[2]) Vom eigentlich juristischen Standpunkt aus ist einzuwenden, daß eine unbedingte Haftung für das Werkzeug gar nicht besteht, sondern daß immer ein eignes Verschulden des „Meisters" vorausgesetzt wird; folglich könnte diese Theorie logischerweise für Verschulden des Erfüllungsdieners den Schuldner nur dann verantwortlich machen, wenn er selbst in culpa ist, — das gerade Gegenteil von dem, was sie beabsichtigt.

In einer ganz eigenartigen Weise, von der geschichtlichen Entwicklung ausgehend, suchte Gierke[3]) das Problem zu lösen mit seiner Theorie der Verbindung von Herrschaftsverhältnis und Haftung. Den Grund der Verantwortlichkeit sieht er in einem Rest des alten häuslichen Verbandes, in einer personenrechtlichen Beziehung. Insofern wäre dieses Prinzip als drittes neben den Verschuldens- und den Vertragstheorien zu nennen. Aber Gierke kommt genau zu demselben Ergebnis wie die Werkzeugstheorie und ruft sogar dasselbe Bild zu Hilfe, den Vergleich mit einem Werkzeug, einem Organe: „Zu Grunde liegt die Vorstellung eines fehlerhaft funktionierenden Organismus."[4]) Es sind deshalb dagegen die gleichen Bedenken wie gegen die Werkzeugstheorie zu erheben. Dazu kommt, daß § 278 durchaus nicht das Vorliegen eines Herrschaftsverhältnisses verlangt; vielmehr besteht in den praktisch wichtigsten Fällen nur ein rein privatrechtliches Schuldverhältnis. Endlich scheitert auch Gierkes Versuch daran, daß das Gesetz außerhalb der Obligationen eine Zurechnung fremden Verschuldens in Form der Entstehung einer Haftung nicht kennt. Gierke hat ja auch diese Theorie nicht gegenüber dem bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellt und würde sie zu dessen Erklärung wohl kaum verwerten.

[1]) Die Werkzeugstheorie vertritt auch Burchardi S. 14, 146; ebenso mit einer ganz kleinen Modifikation Meinke S. 48 ff., der sie aber für sein eignes Geistesprodukt ausgeben möchte. Mayer S. 134 (Gutachten) befürwortet sie. Vgl. auch Reichsoberhandelsgericht: „Die Gehilfen sind hier nur als Arbeitsorgane gleich physischen Werkzeugen zu betrachten" (ROHG. Bd. 4 S. 246).

[2]) Freilich ist zu beachten, daß dasselbe Bild der vom bürgerlichen Gesetzbuch beliebten Konstruktion des Besitzdienerverhältnisses (§ 855) zu Grunde liegt: Der Besitzer übt die Herrschaft über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug aus!

[3]) Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 S. 803 f.

[4]) Vgl. auch Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts 1889 S. 34: „Wir bedürfen einer Haftung für fremdes Verschulden nicht bloß in Vertragsverhältnissen, sobald sich jemand Anderer als Werkzeuge bedient, sondern darüber hinaus in allen Fällen, in denen ein Menschenverband als eine durch ein Haupt dargestellte Einheit, hinter welcher die einzelnen eingegliederten Individuen verschwinden, in die Außenwelt tritt."

§ 8. B. Die Modifikationen des Regelfalles.

In einigen Fällen sieht das Gesetz Zurechnung fremden Verschuldens in Form der Entstehung einer Schadensersatzpflicht in einer vom Prinzip des § 278 abweichenden Weise vor, indem es dieses entweder erweitert oder beschränkt.

I. Erweitert insofern, als mitunter gewisse Voraussetzungen nicht verlangt werden, die nach dem Regelfall gegeben sein müssen.

1. § 278 erfordert, daß ein Schuldner, also ein bereits zu einer Leistung Verpflichteter, seine Verbindlichkeit durch einen Andern erfüllen läßt. Nach § 122 mit § 120 entsteht dagegen eine Schadensersatzpflicht bei unrichtiger Uebermittlung einer Willenserklärung durch die dazu verwendete Person oder Anstalt [1]), auch wenn eine Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung nicht vorhanden war. Wohl ists möglich, daß sie bestand; dann stellt § 120 insofern nur eine Anwendung des § 278 dar. Wenn das nicht der Fall ist — und das trifft sehr häufig zu —, ist eine Erweiterung des Prinzips gegeben.

Ebenso bei der Haftung, die dem veräußernden oder belastenden Vermieter eines Grundstücks in den §§ 571, 577, 579 dafür auferlegt ist, daß der Erwerber gegenüber dem Mieter die aus dem Mietvertrag entspringenden Pflichten erfüllt. Eine Abweichung liegt in dieser Bestimmung deshalb, weil der Erwerber als Substitut des Vermieters hinsichtlich dessen Vermieterpflichten erscheint. Denn darüber, daß dieser berechtigt ist, die Mietsache zu veräußern, kann ein Zweifel nicht bestehen; er überträgt befugt seine Verbindlichkeit gegen den Mieter auf den Erwerber und scheidet also aus dem Schuldverhältnis ganz aus. Er würde somit nach § 278 nicht in Anspruch genommen werden können, da Substituten nicht zu den Erfüllungsdienern gehören (s. oben § 3 II 2 b). Davon bestimmt § 571 eine Ausnahme und modifiziert so den § 278 in einer nicht unbeträchtlichen Weise. [2]) — Eine dem § 571 ganz entsprechende Vorschrift enthält § 1251^2 für die Haftung des Pfandgläubigers.

Eine dritte Erweiterung des Prinzipes liegt bei der Ersatzpflicht des Gastwirts für Verlust und Beschädigung eingebrachter Sachen nach § 701 vor [3]). Zwar, daß kein Unterschied gemacht ist, ob diese den Angestellten des Wirtes oder ihm selbst übergeben wurden, ist nichts als eine Wiederholung der Regel des § 278. Aber § 701 begnügt sich damit, daß die Personen, die die Sachen entgegennahmen, nur den Umständen nach als dazu berechtigt anzusehen waren; er setzt also nicht voraus, daß zwischen dem Verantwortlichen und dem Täter ein irgendwie geartetes Rechtsverhältnis bestehe, daß dieser von dem Schuldner (dem

[1]) Es handelt sich um zeitweilige Zurechnung fremden Verschuldens, da ein Verschulden der Person oder der Anstalt nicht notwendige Voraussetzung ist.

[2]) § 571 ist in § 1056^1 für entsprechend anwendbar erklärt, dieser wieder in den §§ 1423, 1663, 2135; vgl. auch § 581^2.

[3]) Auch ein Fall zeitweiliger Zurechnung; denn davon, daß der Schaden gerade infolge eines Verschuldens eingetreten sein müsse, sagt das Gesetz nichts.

Wirt) zur Erfüllung einer Verbindlichkeit zugezogen sei. Der Wirt haftet danach für jeden, der sich für einen Angestellten des Gasthofs ausgibt und das Gepäck der Reisenden am Bahnhof in Empfang nimmt, um es zu unterschlagen. Davon, daß der Schwindler nach dem Willen des Wirtes tätig geworden wäre, kann keine Rede sein; das gerade Gegenteil trifft zu.

Nach derselben Richtung wie in dem letzten Fall bewegt sich die Abweichung vom Prinzip des § 278 in vier Paragraphen, denen zufolge der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Gefahr eines Zufalls oder die „Gefahr" schlechthin [1]) tragen, für zufällige Beschädigung des Leistungsgegenstandes aufkommen muß: §§ 270, 588^{1a}, 811^{2a}, $1048^{2\,2}$). Es wird damit ausgesprochen, daß ihn auch dann eine Schadensersatzpflicht treffen soll, wenn durch das Verschulden eines Dritten jene Beschädigung herbeigeführt wurde, während ihm selbst ein Vorwurf in keiner Weise gemacht werden kann, so daß wirs hier mit zeitweiliger Zurechnung zu tun haben: Aber nicht etwa bloß durch das Verschulden eines Erfüllungsdieners, sondern durch das irgend eines beliebigen Menschen, zu dem er in keinerlei privatrechtlicher Beziehung steht; sogar für den Dieb, der die zu leistende Sache stiehlt, hat er also in diesen Ausnahmeverhältnissen einzustehen.

2. Wenn aber der Gesetzgeber hier insofern die Verantwortlichkeitsschranke nach dieser Seite hin weit über das Prinzip des § 278 hinausrückt, schiebt er sie in den ersten drei Fällen zugleich auf einer andern Seite zurück. Während nämlich der Anspruch bei der gewöhnlichen Haftung für fremdes Verschulden nur durch Verjährung ausgeschlossen wird, ist er in den Fällen der §§ 571 und 701 gesetzlich befristet, nach dem zweiten sogar an unverzügliche Geltendmachung gebunden (§ 703); aus dem begrifflichen Unterschied zwischen Verjährung und Befristung folgt, daß auch dann, wenn die gesetzliche Frist nicht kürzer ist als die Verjährungsfrist (§ 571 mit § 567!), ein bedeutender, hier nicht näher zu erörternder Unterschied besteht, indem namentlich das befristete Recht vollständiger aufgehoben wird, als das der Verjährung unterworfne. Bei der Verantwortlichkeit aus § 120 ist der Umfang der Schadensersatzpflicht viel geringer als im Regelfall; denn es ist nicht der ganze entstandne Schaden einschließlich des entgangnen Gewinnes (s. oben § 5 II), sondern nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

---

[1]) Dagegen gehören nicht hieher die Paragraphen, nach denen mit einem bestimmten Zeitpunkt die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht (§§ 300^2, 379^2, 446^{1a}, 447^1, 2380); denn das heißt nichts andres, als daß von da an das Schuldverhältnis beendet sei.

[2]) §§ 270 (vgl. dazu § 644^{1b}) und 848 dürfen dagegen nicht hier eingereiht werden; denn die darin ausgesprochne Steigerung der Haftung bis zu Zufall bestimmt der Gesetzgeber deshalb, weil der Schuldner in Verzug gekommen ist, d. h. seine rechtsgeschäftliche Pflicht verletzt, oder weil er eine unerlaubte Handlung begangen hat: es handelt sich also um die Folgen der Zurechnung *eignen* Verschuldens.

II. Die angeführten Einschränkungen beziehen sich jedoch bloß auf die Modalitäten der Ersatzpflicht. Diese selbst wird nur in einem einzigen, freilich sehr wichtigen Fall gegenüber § 278 beschränkt: durch § 549[2] [1]). Wie wir oben (§ 3 II 2 c) gesehen haben, ist an sich Erfüllungsdiener jeder, dem der Schuldner eine qualifizierte Einwirkungsmöglichkeit auf den Leistungsgegenstand gewährt; für die Miete zieht dagegen der genannte Paragraph den Kreis der Erfüllungsdiener enger. Er bestimmt nämlich, daß hier nur der als solcher anzusehen sei, dem der Gebrauch der Mietsache überlassen ist. Freilich hat man geleugnet, daß sich die Gebrauchsüberlassung von der Einräumung der Einwirkungsmöglichkeit unterscheide, indem man speziell für den Wohnungsmieter behauptete, [2]) er hafte nach § 549[2] für das Verschulden seiner Familie schlechthin, seines Gesindes und selbst seiner Gäste, „weil er sie zum Mitgebrauch der Sache zulasse oder sie zur Mitbeaufsichtigung der Sache heranziehe" (Kipp). Das beruht aber auf einer Verwechslung von Einwirkungsmöglichkeit und Gebrauch. Man nehm ein Beispiel aus dem Leben: Ein Kaufmann gestattet dem Publikum das Eintreten in seinen Laden und damit die Möglichkeit der Einwirkung auf diesen sehr gern, wünscht sie sogar; doch wird er sich entschieden dagegen verwahren, daß sich ein Kunde Gebrauch am Laden anmaßt. Dieselbe Bedeutung wie im Verkehr hat das Wort Gebrauch auch im Gesetz da, wo es im technischen Sinn verwendet wird [3]): es ist darunter unmittelbarer Besitz zu verstehen. Gerade bei der Miete sollte darüber kein Zweifel sein; denn eine der wesentlichsten Verpflichtungen des Vermieters ist es (§ 535), dem Mieter den „Gebrauch" der Mietsache zu gewähren, und das kann nach dem Wesen dieses Rechtsverhältnisses nur bedeuten, ihn in den unmittelbaren Besitz der Sache zu setzen. Solchen hat aber der Dienstbote gemäß § 855 nie; der Familienangehörige und der Gast nicht notwendig. Denn nach richtiger Ansicht wird jedenfalls der nicht Besitzer, der den Besitz nicht will, was beim Gast fast immer zutreffen

---

[1]) Die Ansicht Brückners S. 339, die Haftung des Mieters für den Untermieter gehe über die für „gewöhnliche Gehilfen" hinaus, ist nicht begründet; s. gegen ihn insbesondre Blau S. 28 ff. Unrichtig ist auch die Meinung Ungers (Unger I S. 374 Anm. 25), daß der Untermieter als Substitut des Mieters aufzufassen sei, und daß § 549[2] insofern eine Erweiterung des § 278 darstelle, unter den der Substitut nicht fällt. Denn auch wenn dem Mieter die Gebrauchsüberlassung gestattet ist, wird er durch diese doch nicht seiner Pflichten gegenüber dem Vermieter ledig; der Untermieter (richtiger der Gebrauchszessionar überhaupt) ist also nicht sein Substitut, sondern sein Erfüllungsdiener. — § 549[2] ist in § 581[2] für entsprechend anwendbar erklärt.

[2]) So ausdrücklich Kipp S. 93, Rehbein S. 109, Hoffmann S. 143 ff. und Wendt S. 67 f. (der aber noch viel weiter geht; vgl. S. 18 Anm. 2.) Zu demselben Ergebnis müssen wohl auch die gelangen, die § 549[2] ausnahmslos als Konsequenz des § 278 auffassen; es sind das Planck S. 51, Staudinger S. 316, Mittelstein S. 144, Blau S. 29. Für diese Ansicht werden immer nur die Worte aus den Motiven Bd. II S. 397 angeführt, daß die Vorschrift des jetzigen § 549[2] der des jetzigen § 278 entsprechen solle; eine derartige Anschauung hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, so daß jene Aeußerung der Motive nicht beachtet werden kann.

[3]) Vgl. dagegen §§ 92, 200, 281[2], 633[1], 839[3] und viele andre.

wird. Freilich kann dieser im Einzelfall den Besitz wollen, und der Gastgeber kann ihm auch im Einzelfall den Gebrauch mit den sich daraus ergebenden Obhutspflichten übertragen wollen, z. B. wenn er ihm einen von der eigentlichen Wohnung völlig getrennten Raum als Zimmer anweist. Aehnlich ists beim Familienangehörigen, wenn etwa der Mieter eine Reise unternimmt. Deshalb ist auch die Ansicht [1]) nicht ganz richtig, die den Mieter für die genannten Personenklassen schlechterdings nicht haften läßt. [2])

§ 9. II. Zurechnung in Form der Entstehung einer sonstigen Leistungspflicht.

Gegenüber der auf fremdem Verschulden beruhenden Schadensersatzpflicht haben die Fälle, wo eine sonstige Leistungspflicht [3]) als Folge davon begründet wird, daß jemand für einen Andern einstehen muß, nicht nur für das Leben, sondern auch für die Theorie bloß untergeordnete Bedeutung. Sie sind im ganzen Gesetz zerstreut und entbehren eines einheitlichen Prinzipes. Mit Ausnahme der §§ 123^{2a} und 324 erscheinen sie sämtlich als zeitweilige Zurechnung.

Zunächst kommt die Bestimmung des § 123^{2a} in betracht. Wer zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem Andern durch arglistige Täuschung eines Dritten bestimmt wurde, ist im allgemeinen an diese Erklärung gebunden und kann sie nicht — wie sonst — anfechten; er muß also die Leistung, auf die sie abzielt, vollbringen, weil der Dritte schuldhaft gehandelt hat. Freilich braucht ihm daraus nicht notwendig ein Schaden zu erwachsen, und überdies hat er, wenn dies zutreffen sollte, einen Ersatzanspruch gegen den Dritten nach § 823; das nimmt aber seiner Verpflichtung den Zurechnungscharakter nicht, da auch eine rein juristische Zurechnung — eine solche steht hier in Frage — echte Zurechnung ist.

Einen weitern Fall enthält § 279, wonach der Schuldner einer Gattungssache durch unverschuldetes Unvermögen zur Leistung nicht befreit wird, sondern zur Leistung einer neuen Gattungssache verpflichtet ist. Um Schadensersatz kann sichs dabei nicht handeln, weil ja der Gläubiger einen Schaden gar nicht erlitten hat.

Ebenso gehört § 324 (vgl. § 440) hieher: Wenn bei einem gegenseitigen Vertrage zwischen A und B ein Erfüllungsmittler des A die dem B obliegende Leistung schuldhaft unmöglich macht, wird B von der Leistungspflicht entbunden, während A seine Leistung vollziehen muß, obwohl er also die Gegenleistung nicht bekommt: nach § 323 würd auch er frei, wenn die Unmöglichkeit nicht auf einem Ver-

---

[1]) Crome S. 560 Anm. 10; Nußbaum S. 63.

[2]) Richtig dagegen Staudinger S. 316; Mittelstein S. 145 (diese beiden also, obwohl sie § 549^{2} für einen Anwendungsfall des § 278 schlechthin erklären, was unmöglich zusammenstimmt); Neumann S. 253; wohl auch Oertmann S. 271 (im Anschluß an diesen Rosin S. 41).

[3]) Leistung im Sinn des § 241.

schulden seines Mittlers beruhte; dieses begründet für ihn eine Leistungspflicht.

Auch an § 617 ist zu erinnern: die Pflicht zur Verpflegung und ärztlichen Behandlung, die darin für den Dienstherrn bei Erkrankung einer bestimmten Klasse von Dienstverpflichteten festgesetzt ist, wird nur durch den Nachweis ausgeschlossen, daß der Verpflichtete die Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Es kann nicht bezweifelt werden, daß jeder Grad der Fahrlässigkeit, also auch bloß leichte Fahrlässigkeit, Verschulden ist, das an sich nach den allgemeinen Grundsätzen von dem, dem es zur Last fällt, zu vertreten wäre. Allein der Gesetzgeber bestimmt, daß es den Anspruch gegen den Dienstherrn nicht ausschließen, somit diesem zugerechnet werden solle; insofern entsteht für ihn eine Leistungspflicht infolge eines Verschuldens des Dienstverpflichteten.[1])

Der letzte Fall dieser Zurechnungsart innerhalb des Obligationenrechts ergibt sich aus der vom bürgerlichen Gesetzbuch für die Schuldverschreibung auf den Inhaber angenommnen Kreationstheorie: Der Aussteller wird aus der Schuldverschreibung auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist (§ 794). Weil die Urkunde von einem Unberechtigten, also durch das Verschulden eines Andern — ein solches ist wenigstens in den allermeisten Fällen die Ursache — in Umlauf gesetzt wurde, wird der Aussteller auf das in der Urkunde abgegebne Zahlungsversprechen in Anspruch genommen, ohne daß erst untersucht würde, ob ihn selbst irgend eine Schuld (etwa fahrlässige Ermöglichung der vorzeitigen Begebung) trifft oder nicht; ja sogar dann, wenn er beweisen könnte, daß er völlig vorwurfsfrei gehandelt hat.

Endlich ist noch aus dem ehelichen Güterrecht die Haftung anzuführen, die nach drei Güterarten den Ehemann persönlich als Gesamtschuldner für solche Verbindlichkeiten seiner Frau trifft, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind; das ist der Fall bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1459[2]), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1530[2]) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549). Wenn auch der Mann als Gesamtschuldner haftet, und deshalb Voraussetzung seiner Haftung nicht ist, daß die Frau ihre rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen nicht erfüllt hat, daß sie sich in Verschulden befindet: so ist doch sehr wohl möglich, daß dies zutrifft. Es gehören ja zu den vom Gesamtgut zu tragenden Verbindlichkeiten auch die aus einer unerlaubten Handlung der Frau. Daß sie nach § 1463 Ziffer 1 endgültig der Frau zur Last fallen, kann der Haftung des Mannes, wie schon öfters betont, die Eigenschaft der juristischen Zurechnung nicht nehmen.

[1]) Dagegen gehören die scheinbar verwandten Fälle, wo der Schuldner dem Gläubiger nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, (§§ 521, 599, 680, 968) nicht hieher. Wenn er ihn leicht fahrlässig (also schuldhaft) schädigt, entsteht für den Gläubiger zwar eine Pflicht zur Schadenstragung, aber keine Leistungspflicht.